Die Auflage.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Hans Sgaslik,
Referendar.

BRESLAU, 1906.
Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse No. 5.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Beyerle.

Brie, Dekan.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Begriff und Wesen der Auflage:
a) im allgemeinen . . . . . 7—9
b) insbesondere:
1. im römischen Recht . . . . . 9—10
2. im mittelalterlich-deutschen Recht . . . . . 10—11
3. im gemeinen Recht; die Theorie Windscheids von der Voraussetzung . . . . . 11—12
4. im preussischen Recht . . . . . 12—13
5. im heutigen Recht . . . . . 13—14

II. Die beteiligten Personen:
a) der Beschwerte . . . . . 14—16
b) der Bedachte . . . . . 17—21

III. Der Inhalt der Auflage . . . . . 21—36

IV. Die Rechtsmittel zur Verwirklichung der Auflage:
a) das mittelalterlich-deutsche Recht: Rückforderungs-, Vollziehungsanspruch, Bussfestsetzungen . . . . . 36—39
b) das heutige Recht unter Berücksichtigung des römischen und preussischen Rechts:
1. der Rückforderungsanspruch . . . . . 39—48
2. der Vollziehungsanspruch . . . . . 48—62

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543112_0097

Litteratur.

Arndts, Pandekten. 8. Aufl. 1874.

Benner, „Über die donatio sub modo nach Gemeinem Recht". Inaug.-Dissert. Halle-Wittenberg 1888.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. II. Bd. 1889.

Bornemann, „Systematische Darstellung des Preuss. Zivilrechts".

Beseler, „Die Lehre von den Erbverträgen". Teil I, 1835; Teil II, 1837.

Beyerle, Konstanzer Grundeigentumsurkunden der Jahre 1152—1371, II (1902).

Bewer, „Sala, Traditio, Vestitura". 1880.

Crome, „System des deutschen bürgerlichen Rechts". I. Bd. 1900.

— „Die partiarischen Rechtsgeschäfte". 1897.

Dernburg, „Das bürgerliche Recht". I. Bd. 1. und 2. Aufl. 1902, II. Bd. 1. und 2. Aufl. 1901.

— „Lehrbuch des Preussischen Privatrechts". I. Bd. 1875, II. Bd. 1878, III. Bd. 1880.

Eck's Vorträge über das Recht des B. G. B. III. Bd. 1904.

Engelmann, „Das bürgerliche Recht". 1899.

Endemann, „Einführung in das Studium des B. G. B." 3. u. 4. Aufl. I, 1898.

Exleben, „Die condictiones sine causa". 2. Abtg. 1853.

Frommhold, Kommentar zum B. G. B. „Das Erbrecht". 1900.

Feigel, „Die Auflage nach dem B. G. B.". Inaug.-Dissert. Erlangen 1898.

Fischer, „Preuss. Privatrecht". 1886.

Fischer-Henle, „B. G. B." 3. Aufl. 1899.

Förster-Eccius, „Preussisches Privatrecht". I Bd. 1892, II. Bd. 1882, IV. Bd. 1893.

Glück, IV. Kommentar XLI.

Gierke, „Grundzüge des deutschen Privatrechts" in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler. I. Bd. 6. Aufl. 1904.

Heusler, „Institutionen des deutschen Privatrechts". I. Bd. 1885, II. Bd. 1886.

Heydemann, „Einleitung in das System des Preuss. Zivilrechts". 1861.

Keller, „Pandekten".

Korn, „Breslauer Urkundenbuch". I. Teil. 1870.

Lammfromm, „Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag". 1897.

Lenel, „Die Lehre von der Voraussetzung" im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 74.

Leonhard, „Der Allgemeine Teil". 1900.

Loersch und *Schröder*, „Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts“ I. 1881.
v. Mayr, „Die condictio des römischen Privatrechts“. 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd. 1888, II. Bd. 1888, V. Bd. 1896.
Meyerfeld, „Die Lehre von den Schenkungen“. 1835.
Meischeider, „Die letztwilligen Verfügungen nach dem B. G. B.“ 1900.
Merkel, „Das firmare des bairischen Volksrechts“ in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. II. Bd. 1863.
Oertmann, „Das Recht der Schuldverhältnisse“. 2 Teil. 1899.
Pfeiffer, I. „Praktische Ausführungen.“ 1825.
Pernice, III. „Labeo“. 1892. 1. Abtg.
Pollack, „Der Schenkungswiderruf“. 1886.
Protokolle, V. Bd. 1899.
Planck, „B. G. B.“ II. Bd. 1900.
Regelsberger, Pandekten. I. Bd. 1893.
v. Savigny, „System des heutigen römischen Rechts“. III. Bd. 1840, IV. Bd.
v. Staudinger, „Das Erbrecht“. V. Bd. 1902.
Strohal, „Das deutsche Erbrecht“. 1901. 3. Aufl. 1903.
Sintenis, „Das praktische gemeine Zivilrecht“. I. Bd. 1860, II. Bd. 1868.
v. Scheuerl, „Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften“. 1871.
Scherer, „Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs“. 1900.
Seuffert, „Archiv“. V. Bd. 1852.
Schollmeyer, „Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse“. 1897.
Schultze, „Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung“. 1895.
Stobbe, „Handbuch des deutschen Privatrechts“. III. Bd. 1878.
Windscheid, „Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung“. 1850.
Windscheid-Kipp, „Pandekten“. 1900.

Bei unentgeltlichen Verfügungen, mögen sie unter Lebenden oder von Todeswegen erfolgen, ist es eine im Rechtsleben der verschiedensten Kulturvölker beobachtete Erscheinung, dass derjenige, der einem anderen etwas unentgeltlich zuwendet, bisweilen mit dieser Zuwendung noch eine zweite Absicht verknüpft, nach welcher der Empfänger seinerseits etwas tun oder das Empfangene ganz oder zum Teil in gewissem Sinne verwenden solle. Neben dem Hauptgeschäft, der Bereicherung des Empfängers der Gabe durch Schenkung, läuft auf diese Weise ein zweites Geschäft, ein „Nebengeschäft“[1]), das sich jedoch auch ganz gut als „Nebenbestimmung“ bezeichnen lässt, wenn man nur darunter verstanden wissen will, dass die Bestimmung der Gabe eine zweifache ist: die Bereicherung des Empfängers in erster Linie und die Verpflichtung zur Vollziehung der bei dieser Gelegenheit geäusserten Absicht des Gebers in zweiter Linie. In diesem Sinne dürfte auch Eck[2]) zu verstehen sein, der sagt, der Modus gelte als eine „Zusatzbestimmung“. Dagegen ist Bekker darin zu folgen, dass der Modus keine „Nebenbestimmung“ wie etwa Bedingung oder Zeitbestimmung sei, da durch ihn keine Naturalien des Hauptgeschäftes beseitigt werden[3]). Auseinanderzuhalten sind aber auch die Begriffe „Auflage“ und „Zwecksatzung“. Das beiden gemeinsame Merkmal besteht darin, dass ein bestimmter Vermögensinbegriff oder ein Vermögensstück nach dem Willen seines Veräusserers für einen von ihm festgesetzten Zweck bestimmt wird. Während aber die „Zwecksatzung“ Hauptgeschäft ist und zur Folge hat, dass das ihr unterstellte Vermögen sofort und unmittelbar „Zweckvermögen“ wird, d. h. abhängig bleibt

---

[1]) Bekker, § 118, S. 358.
[2]) III. Bd., § 22, S. 140.
[3]) loc. cit. Anm. c.

„von der ein für allemal abgegebenen Willenserklärung, Satzungsnorm, des Veräusserers, unter der es fortab wie unter einem Gesetz zu stehen hat“[1]), besteht die „Auflage“ nur in einem Nebengeschäft, einer Nebenerklärung des Inhalts, dass der Empfänger mit der Gabe oder einem Teile derselben etwas tun solle. Im ersteren Falle bleibt das Vermögensstück dem Willen des Veräusserers unterstellt, im letzteren tritt es in die Verfügungsmacht des Empfängers, von dessen Willen es abhängt, ob er es seiner Bestimmung zuführen will oder nicht.

Inwieweit derartige „Nebengeschäfte“ auch bei entgeltlichen Geschäften vorkommen können, ist bestritten[2]) und soll auch bei der folgenden Erörterung ausser Betracht bleiben.

Dieses „Nebengeschäft“ bei unentgeltlichen Verfügungen erscheint nun als eine „wirtschaftliche Beschränkung“[3]) der in der unentgeltlichen Zuwendung liegenden Liberalität, als eine Minderung ihres Wertes, nämlich um den Wert, der zur Erfüllung der beigefügten Bestimmung erforderlich ist. Solche bei der Schenkung und bei der Verfügung von Todeswegen vorkommende, als „Auflage“, „Zweckbestimmung“, „modus“ zu bezeichnende Beschränkungen der Liberalität sind ihrer Rechtsnatur nach scharf zu scheiden von der Bedingung einerseits und von dem blossen Wunsch oder Rat andrerseits. Denn während die Bedingung den Eintritt des Erwerbes einer Zuwendung hinausschiebt, auch nicht erzwungen werden kann, tritt der Erwerb der mit einer Auflage beschwerten Zuwendung sofort ein, begründet aber gleichzeitig, wenigstens soweit man die Geschichte der Auflage in den Rechtsordnungen der verschiedenen Kulturvölker verfolgen kann, einen Zwang, eine Verpflichtung des Empfängers zur Vollziehung der Auflage. Diese Unterscheidung drückt Savigny's geflügeltes Wort dahin aus: Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht; der Modus zwingt, suspendiert aber nicht[4]). Dies letztere Moment, der Zwang zur Erfüllung der Auflage, bildet zugleich auch

---

[1]) Bekker, § 112, S. 275.

[2]) Bekker, § 118, S. 358.

[3]) Crome, „Part. Rechtsgesch.“, § 75, S. 530; Meyerfeld, § 20, S. 389; Pfeiffer, I, S. 26.

[4]) „System“ III, § 128, S. 231.

das unterscheidende Merkmal gegenüber dem blossen Rat oder Wunsch, der keine rechtliche Verpflichtung des Empfängers zur Vollziehung begründet.

Schon dem klassischen römischen Recht waren derartige besondere Bestimmungen bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen sehr wohl bekannt, wenn es auch keine einheitliche Bezeichnung für sie hatte. Die gebräuchlichsten Ausdrücke der klassischen Juristen für diese Zweckbestimmung sind „lex", „modus", „condicio", auch „iubere"[1]); es wird etwas geschenkt oder letztwillig vermacht: ea lege, ut — oder sub modo — oder ea condicione, ut — oder iurare iubetur —, auch wohl nur: ita, ut —. Dass aber auch hier, trotz der Verwendung der Bezeichnung „condicio" scharf unterschieden wurde zwischen einer solchen Nebenerklärung und einer Bedingung, geht aus fr. 80, D. 35, 1 deutlich hervor. Scaevola sagt an dieser Stelle: — nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, „si" monumentum fecerit, et eum, cui datum est, „ut" monumentum faciat. Als einheitliche Bezeichnung indess, als „juristisches Kunstwort", wie Pernice sich ausdrückt[2]), erscheint der Ausdruck „modus" für Auflage erst in nachklassischer Zeit in den Überschriften der Digesten 35, 1: de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur, und des Codex 6, 45: de his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur und 8, 54: de donationibus, quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur.

Ihren Ursprung hatte die Auflage in der lex rei suae dicta[3]), ein Ausdruck, der in Quellen zur Bezeichnung einer Auflage häufig verwendet ist. Aus dem Umstande jedoch, dass mit der Annahme der durch eine Auflage beschwerten Zuwendung für den Empfänger die Pflicht erwächst, diese Auflage dem Willen des Gebers gemäss zu vollziehen, darf nicht auf eine „Vertragsnatur" der Auflage, auf ihren Charakter

---

[1]) Pernice, „Labeo" III, S. 12; v. Keller, „Pandekten", § 53, γ, S. 130; Arndts „Pandekten", § 74, III; Sintenis, „Civilrecht" I, § 21 C, Anm. 19.

[2]) „Labeo" III, S. 12.

[3]) Pernice, ebenda, S. 92 ff.

als gegenseitiger Vertrag geschlossen werden[1]), und ist die sub modo erfolgte Zuwendung nicht mit Savigny für einen tauschartigen Innominatkontrakt zu halten[2]). Denn im Falle einer Auflage auf eine Zuwendung stehen sich nicht, wie etwa bei den Innominatkontrakten, Leistung und Gegenleistung in der Weise gegenüber, dass die eine das Entgelt der andern bildet. Die Auflage enthält vielmehr lediglich eine Beschränkung der in der Zuwendung liegenden Liberalität und „liegt auf der Gabe als eine derselben beigefügte Last"[3]). Der Anschauung des römischen und gemeinen Rechtes entsprechend kann man sagen, dass die beiden Motive, aus denen heraus die donatio sub modo erfolgt, die causa praesens, nämlich die Absicht zu schenken, und die causa futura, die Absicht auf Erfüllung der Auflage[4]), von gleich starkem Einflusse sind, insofern die Nichterfüllung des modus in gewissen Fällen Rückgabe stets der ganzen Zuwendung zur Folge hatte.

Ähnliche und dem „modus" des römischen Rechtes nahe verwandte Rechtseinrichtungen finden wir auch im mittelalterlich-deutschen Recht. Besonders ins Auge fallend ist die Ähnlichkeit bei dem deutsch-rechtlichen Institut der Seelgeräte oder Jahrzeitstiftungen, d. h. Verfügungen zu Gunsten einer kirchlichen Anstalt für das Heil der Seele in der Regel mit der Auflage einer jährlich am Todestage des Erblassers zu lesenden Seelenmesse und Almosenverteilung an Arme[5]). Jedoch dürfte auch bei einem zweiten Rechtsinstitut des deutschen Rechts, dem der Salmannen oder Treuhänder, in der Bestimmung des Gebers, mit der Sache in bestimmter Weise zu verfahren, eine „Auflage" zu erblicken sein. Der Treuhänder erhält durch dinglichen Vertrag[6]), ohne Entgelt, ein oder mehrere Vermögensstücke des Vergabenden zu formellem Eigentum übertragen, aber mit der Bestimmung,

---

[1]) Lammfromm, § 20, S. 91, u. § 21, S. 101.

[2]) „System" IV, § 175 a. E.

[3]) Crome, „Part. Rechtsgesch.", § 75, S. 523; Meyerfeld I, § 20, S. 389.

[4]) Heuser, S. 17; Benner, S. 11; Pfeiffer I, S. 28 „causa legati infuturum".

[5]) Heusler, Instit. des dtsch. Privatr. II, § 200, S. 642.

[6]) Schultze, Die langobard. Treuhand, S. 56.

dem „Geding", mit diesen Vermögensstücken in einer bestimmten, vom Vergabenden bei der Vergabung festgesetzten Weise zu verfahren. Der Treuhänder verpflichtet sich durch formelles, in die streng bindende fides facta[1]) gekleidetes Versprechen zur Erfüllung der ihm auferlegten Verbindlichkeit. Im Gegensatz zum römischen Recht erscheint allerdings hier nur die Erfüllung des Gedinges, der lex traditionis, als das den Geber leitende Motiv, nicht wie dort auch die Bereicherung des Empfängers[2]).

Beim Eindringen des römischen Rechtes in Deutschland am Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts wurden auch die Rechtssätze über den modus in der Gestalt, wie sie das spätrömische Recht entwickelt hatte, aufgenommen und gemeines Recht. Die gemeinrechtliche Theorie aber stellte den modus neben condicio und dies als dritte Art der Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften.

Dieser herrschenden Meinung gegenüber versuchte Windscheid den modus unter den Begriff der „Voraussetzung" zu bringen und diese als Drittes neben condicio und dies zu stellen. Wer seinen Willen unter einer Voraussetzung erkläre, wolle ebenfalls, wie derjenige, der eine bedingte Willenserklärung abgebe, dass die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen solle; aber er gehe nicht dazu über, das Dasein der Wirkung von diesem Zustande der Verhältnisse abhängig zu machen. Die Folge davon sei, dass die gewollte rechtliche Wirkung bestehe und fortbestehe, auch wenn die Voraussetzung ermangle[3]). Darnach aber müsste jeder Beweggrund, der für die Partei beim Geschäftsabschluss bestimmend gewesen ist[4]), rechtsgeschäftliche Bedeutung haben und ein Irrtum in ihm zur Anfechtung des Geschäftes führen dürfen, also der Irrtum im Beweggrunde rechtserheblich sein. Alles dies lässt schon erkennen, dass die „Voraussetzung" zwar den modus mitumfassen kann, aber ein zu umfassender allgemeiner Begriff

[1]) Heusler, ebenda, I, § 49, S. 221.
[2]) Schultze, ebenda, S. 106.
[3]) Windscheid, Pandekten, I, § 97, S. 435 f.
[4]) Lenel, S. 221 ff.

ist. Die Fehler und Mängel dieser Theorie hat schon Lenel überzeugend dargetan, und jedenfalls muss man mit Arndts[1]) sagen, dass die „Voraussetzung" in ihrer mannigfaltigen Art und Bedeutung unter den Begriff von Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften nicht gestellt werden könne; auch Leonhard[2]) wendet sich gegen die Unterordnung der Auflage unter den Begriff der Voraussetzung mit der Begründung, man dürfe nicht die drei bei der Auflage vorhandenen Dinge, die Erwartung des Gebers, dass die Auflage erfüllt werde, die Übernahme der Erfüllungspflicht, das Rückgabeversprechen für den Fall der Nichterfüllung, dadurch verwischen, dass man sie mit dem gemeinsamen Namen der Voraussetzung belege. Die Zusammenstellung von modus mit condicio und dies als „Nebenbestimmungen" dürfte auch schon deshalb fehlerhaft sein, weil der modus keine Nebenbestimmung im technischen Sinne wie condicio und dies ist, sondern nur Nebenerklärung, die das Hauptgeschäft in keiner Weise alteriert.

Im Anschluss an das gemeine Recht hat das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 der Auflage als „Zweck" oder „Endzweck" ihren Platz neben der Bedingung und der Zeitbestimmung gegeben, ohne jedoch eine Beschränkung auf bestimmte Rechtsgeschäfte auszusprechen[3]). Aus den hierfür gegebenen allgemeinen Vorschriften in den §§ 152 ff., I, 4 erhellt, dass darunter eine Bestimmung verstanden werden soll, die den Empfänger einer Zuwendung zu einem Tun oder Unterlassen zu seinem eigenen Vorteil verpflichten soll. Diese Vorschriften treffen aber nur die eine Art des modus, den modus simplex[4]), während sich bei der Schenkung und bei den letztwilligen Verfügungen auch noch besondere Vorschriften für den modus qualificatus, für die im Interesse des Gebers, eines Dritten oder des Gemeinwohls beigefügte Auflage, finden. Eine allgemeine Definition des modus gibt auch das Allgemeine Landrecht nicht; er liegt aber dann vor, „wenn der Übertrager eines Rechts dem Erwerber die

[1]) Pandekten, § 74, S. 102, Note 2; auch Dernburg, Pandekten, I, § 115, S. 268.

[2]) Der Allgem. Teil, § 93, S. 423.

[3]) Fischer, Preuss. Privatr., § 20, S. 108.

[4]) Förster, I, § 38, S. 205.

Pflicht auferlegt hat, das Erworbene zur Realisierung dieser oder jener Tatsache anzuwenden“[1]).

Im Gegensatz zu den früheren Rechten, dem gemeinen Recht und dem Allgemeinen Landrecht, hat es das Bürgerliche Gesetzbuch vermieden, die Auflage als Drittes neben Bedingung und Zeitbestimmung zu stellen und allgemeine Vorschriften für sie zu normieren. Damit ist Bekkers Zweifel, dass es im Hinblick auf die Mannigfaltigkeit des Inhalts fraglich sei, wie lange die Auflagen als besondere Gruppe der Nebengeschäfte zu behandeln sein werden[2]), zur Wahrheit geworden. Hatte schon das Allgemeine Landrecht den ersten Schritt nach dieser Richtung hin getan, ohne sich jedoch völlig dem Einfluss des gemeinen Rechtes entziehen zu können, so ist das Bürgerliche Gesetzbuch auf dem eingeschlagenen Pfade weiter gegangen und hat die „Auflage“ aus dem allgemeinen Teil gänzlich verbannt. Es regelt vielmehr dieses Rechtsinstitut im Zusammenhange mit den Rechtsgeschäften, bei denen es sein eigentümliches Gepräge gewinnt, bei der Schenkung (§§ 525—527) und bei der Verfügung von Todeswegen (§§ 2192—2196). Nur den Begriff der Auflage bei Verfügungen von Todeswegen definiert es, indem es sie unter diesen dem Vermächtnis an die Seite stellt und in § 1940 die Verschiedenheit beider damit zum Ausdruck bringt, dass es erklärt, der Erblasser könne durch Testament den Erben oder Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem andern ein Recht auf diese zuzuwenden. Im übrigen aber begründen die Motive (II, S. 299) den Mangel einer allgemeinen Begriffsbestimmung damit, dass die Bezeichnung „Auflage“ im Sinne von „modus“ in der neueren Rechtssprache dergestalt eingebürgert sei, dass sowohl ihre Aufnahme, wie das Absehen von jeder Art von Definition keinem Bedenken unterliege, eine Begründung, die, nebenbei bemerkt, im Hinblick auf die mannigfachen in der Litteratur bestehenden Kontroverse nicht unbedenklich erscheinen dürfte. Eine allgemeine Begriffsbestimmung der Auflage nach heutigem Recht wird also aus den bei der Schenkung und letztwilligen Verfügung zerstreuten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetz-

[1]) Bornemann, I, § 64, S. 384.
[2]) S. 363, § 118.

buchs entwickelt werden müssen. Zunächst geht aus den Motiven hervor (I, S. 248), dass auch das Bürgerliche Gesetzbuch im Anschluss an die herrschende gemeinrechtliche Lehre in der Auflage eine „Selbstbeschränkung der rechtsgeschäftlichen Wirkungen" sieht. Die Abweisung der von Windscheid entwickelten Lehre von der „Voraussetzung" wird damit begründet, dass diese Lehre als eine allgemeine Kategorie der Selbstbeschränkung der rechtsgeschäftlichen Wirkungen zur Zeit nicht diejenige Durchbildung und Anerkennung erfahren habe, welche es unbedenklich erscheinen liesse, auf derselben gesetzgeberische Bestimmungen aufzubauen. Aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Auflage lässt sich ihre Definition dahin bestimmen, dass sie als eine Selbstbeschränkung, nicht dagegen als eine Nebenbestimmung bei unentgeltlichen Vermögenszuwendungen zu betrachten ist, die auf die rechtliche Wirksamkeit der Zuwendung zwar keinen Einfluss ausübt, aber dem Empfänger in der bestimmten Weise eine Verpflichtung auferlegt. Während aber die früheren Rechte Zuwendung und Auflage in untrennbaren Zusammenhang miteinander treten liessen, so dass die Hinfälligkeit oder Nichterfüllung der Auflage auch die Hinfälligkeit der Zuwendung nach sich zog, ist dies nach heutigem Rechte nicht mehr der Fall. Der Zusammenhang beider ist bedeutend gelockert worden, insofern der Wegfall oder die Ungültigkeit der Auflage nicht mehr die Hinfälligkeit der ganzen Zuwendung im Gefolge hat, und darum kann auch Meischeider[1]) sagen, sie sei zu einer „selbständigen Rechtseinrichtung" gestaltet worden.

Da die Auflage, im Gegensatz zur Bedingung, die Verpflichtung auf Seiten des Empfängers der Zuwendung hervorruft ihren Inhalt zu vollziehen, so ist, damit diese Verpflichtung entstehen kann, erforderlich, dass der Wille des Gebers für den andern Teil deutlich erkennbar hervortrete.

Das römische Recht verlangte, dass dieser Wille entweder ausdrücklich erklärt wird, und zwar im unmittelbaren

[1]) § 109, S. 438.

Anschluss an die Zuwendung[1]), oder doch so sicher aus den begleitenden Umständen gefolgert werden kann, dass der Empfänger die Überzeugung gewinnen muss, dass ihm nicht pure, sondern sub modo zugewendet werde. Aus diesem Grunde heisst es in den Quellenstellen auch stets, die Zuwendung geschehe: ea lege, ut — ita, ut — und ähnlich.

An dieser Forderung haben die nachfolgenden Gesetzbücher festgehalten; sie ist in § 152, I, 4 des A. L. R. zum Ausdruck gebracht worden und auch vom Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzuerkennen. Denn auch nach ihm darf nur der ausgesprochene oder aus den besonderen Umständen zu vermutende Wille des Gebers Berücksichtigung finden.

Als diejenigen Personen nun, welche mit einer Auflage beschwert werden können, nennt das Bürgerliche Gesetzbuch den Beschenkten bei der Schenkung (§ 525), den Erben und den Vermächtnisnehmer bei der Verfügung von Todeswegen (§ 1940). Das Bürgerliche Gesetzbuch ist damit dem Allgemeinen Landrecht gefolgt, das eine Auflage bei der Schenkung, dem Vermächtnis und der Erbeinsetzung für zulässig erachtete und durch die letztere Bestimmung zugleich eine Streitfrage des römischen Rechts beseitigte. Es bestimmte nämlich in § 61, I, 12, dass der Erblasser das dem „Erben" oder Legatario zugedachte Recht durch Beifügung einer Bedingung, Bestimmung eines Zwecks oder Auferlegung einer gewissen Pflicht einschränken könne. Nach römischem Recht war, wie eben erwähnt, die Frage streitig, ob auch der Erbe sub modo instituiert werden könne. Von den Vertretern der Ansicht, die den modus bei der Erbeinsetzung leugnet, wird sie damit zu begründen gesucht[2]), dass der modus unvereinbar mit dem Grundsatze: semel heres semper heres sei. Die Konsequenz bringe es daher mit sich, als Grundsatz anzunehmen, dass ebenso, wie bei der Resolutivbedingung, auch der hinzugefügte modus pro non scripto zu halten sei, mithin als ein nudum praeceptum angesehen werden müsse. Demgegenüber muss jedoch den Vertretern der entgegengesetzten

[1]) Seuffert, V, No. 167, S. 211.
[2]) Glück, 41. Bd., § 1464, S. 269,

Ansicht: Savigny[1]), Windscheid[2]), Scheurl[3]), Sintenis[4]) — Pernice[5]) beantwortet diese Frage nicht direkt, scheint jedoch auch die Zulässigkeit des modus bei der Erbeinsetzung anzunehmen — beigepflichtet werden. Denn wenn auch die Fälle einer Erbeinsetzung sub modo weit seltener sind, so erwähnen sie die Quellen doch, z. B. in fr. 8, § 6, D. 28, 7: quotiens heres iurare iubetur, daturum se aliquid vel facturum — —, fr. 8, § 7 eod. — — si ita heres institutus esset quis, Titius heres esto, ita ut Stichum manumittat — —, und fr. 7, D. 33, 1: si te heredem solum instituam et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias — —. Auch wurde bei einer Erbeinsetzung sub modo mit dem genannten Grundsatz: semel heres semper heres nicht gebrochen. Der eingesetzte Erbe blieb Erbe; er hatte lediglich die Verpflichtung aus dem modus übernommen, diesen zu erfüllen, wozu er nötigenfalls durch ausserordentliche Zwangsmittel angehalten werden konnte.

Liegt die Auflage auf mehreren Erben oder Vermächtnisnehmern, so gestaltet sich auf Grund der §§ 2192, 2148 des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Verhältnis derart, dass im Zweifel, d. h. mangels einer näheren Anordnung des Testators nach dieser Richtung hin, die Erben nach dem Verhältnisse ihrer Erbteile, die Vermächtnisnehmer nach dem Verhältnisse des Wertes der Vermächtnisse beschwert sind. Die mehreren Erben oder Vermächtnisnehmer haften gemäss § 431 als Gesamtschuldner, wenn die Leistung eine unteilbare ist. Im Interesse des durch die Auflage Bedachten ist die Bestimmung des § 2161 getroffen, nach der die Auflage wirksam bleibt, auch wenn der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, vorausgesetzt aber auch hier, dass nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist Die Auflage lastet dann auf dem, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommt.

[1]) System, III, § 128, S. 227/228.
[2]) Voraussetzung, § 6, S 76, Note 5.
[3]) § 71, S. 248.
[4]) I, § 21, S. 183, Note 24.
[5]) Labeo, III, S. 32.

Die Auflage kann den Vorteil verschiedener Personen im Auge haben. So kann sie bei der Schenkung wie bei der letztwilligen Verfügung zu Gunsten des Gebers selbst Bestimmungen treffen, aber auch einem Dritten oder der Allgemeinheit etwas zuwenden.

Beispiele dieser Art finden wir schon in den römischen Quellen erörtert, z. B. die Entrichtung von Alimenten seitens des Empfängers der Leistung an den Schenker — — l. 1, C. 8, 54: si doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praeberet — —; die Verpflichtung, das Grab des Testators in besonderer Weise zu schmücken, ihm ein Denkmal zu setzen, zu seiner Erinnerung festliche Spiele zu veranstalten oder die Armen zu unterstützen. Seltener sind die Fälle, in denen die Auflage zu Gunsten einer dritten Person erfolgte. Abgesehen von dem in fr. 17, § 4, D. 35, 1 angeführten Falle: vel ex eo ut partem alii restitueret, zählen hierher auch die Fälle, in denen ein eigener oder erst anzukaufender Sklave freigelassen werden soll[1]). Wenn es also in fr. 8, § 7, D. 28, 7 heisst: — — Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat — —, und in fr. 7, D. 40, 5: si cui legata sint centum ita, ut servum alienum redimat et manumittat — —, so liegt in diesem modus ohne Zweifel ein Vorteil für einen Dritten, im ersten Falle für den Stichus, im zweiten für den servus alienus. Bezweckt der modus lediglich den Vorteil des Empfängers, so liegt nur ein guter Rat, ein modus simplex, vor, dem der Empfänger folgen kann oder nicht. Der modus simplex charakterisiert sich als der Beweggrund oder Anlass für die Zuwendung[2]). So entscheidet Ulpian in fr. 13, § 2, D. 24, 1: cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id non potest, quia magis donari ei videtur: quae sententia Neratii quoque fuit: ait enim datum ad villam exstruendam vel agrum serendum quod alioquin facturus non erat is, qui accepit, in speciem donationis cadere; ergo inter virum et uxorem hae erunt interdictae.

Bereits sehr zeitig tauchen auch derartige Auflagen, „Gedinge", zumeist bei Verfügungen auf den Todesfall in den

---

[1]) Pernice, „Labeo", III, S. 4.

[2]) Pernice, ebenda.

germanischen Rechten auf. Sie gehen in den weitaus zahlreichsten Fällen dahin, durch Schenkungen an die Kirche und ihre Diener diese in Stand zu setzen, für das Seelenheil des Schenkers Messen lesen zu lassen oder sonstige gute Werke zu tun: et ipsi decem et octo auri pari distribuant illis pro meis salutis anime et faciant mihi sebtima et trentuale et centum dies et annuale[1]). Demselben Gesichtspunkte, der Sorge für das zukünftige Heil der Seele, entspringen die häufigen Gedinge zu Gunsten von Kirchen und Klöstern, Hospitälern und der Armen. So heisst es z. B.: iudicabit et in manum mihi commisit, ut causam eius tollere et pro anima illud dare in ecclesia sancti massimi[2]), und in einer anderen Urkunde aus dem Jahre 804[3]): ego G. quicquid de propria mea hereditate insubter nominatis villulis habeam, — — totum atque integrum illud trado coram testibus in manum amici mei R., ut ille hoc cum omni integritate pro salute et remedio animae meae tradat ad sanctum Bonifatium — —. In einer Konstanzer Urkunde aus dem Jahre 1295[4]) bezeugen die Ratmannen von Konstanz — — chundiunt et veriehent allen den, die diesen brief sehent alder horunt lesen, daz wir — — empfangen habent von hern Eberhard von Crucelingen, einem burger von Constanz, zwai huser mit hofstet — — in aigenlich gewer dezelben spitales. Von dieser Schenkung aber sollen sie: sehs mut bonnusse Constenzer mess an sant Gallen tag dem Frauenkloster von Diessenhofen geben ze einem liechte, daz eweclich brinnen sol vor demselben bilde (dem Marienbilde daselbst). In einer Sohrauer Urkunde aus dem Jahre 1526 bestätigt Hanuss von Gottes Gnaden Fürst in Schlesien der Fürstentümer Oppeln, Ober-Glogau, Rattibor und Herr von Sohrau dem Pfarrer von Sohrau die diesem gebührenden Gerechtssame, für welche er heilige Messen zu lesen verpflichtet sein soll. Es heisst daselbst: Aus der Sohrauer Vorstädter Niedermühle soll dem Pfarrer die Sechste Metze

---

[1]) Codex diplomaticus Cavensis cur. Moraldi, Schiani, S. de Stephano 675 bei Schultze, S. 50.

[2]) Ebenda 235, Schultze, S. 48.

[3]) Schannat. trad. fuld. I, No. 185 bei Beseler, Teil I, S. 265, Anm. 4.

[4]) Beyerle, II, No. 100, S. 117.

von allen Nutzungen zukommen und dafür soll er alle Wochen am Donnerstag eine hlg. Messe vor dem Hochwürdigen zu lesen verbunden seyn. Item von der Walker-Mühle samt dem Teich sollen die Tuchmacher diesem Pfarrer vom Walken des Tuches von einem groben Stück 3 Heller und von feinem, 6 Heller geben, und davor er alle Wochen Drey hlg. Messen zu lesen schuldig seyn . . . u. s. w. Item, von andern zwey Stücken Acker, welche der Pfarrer haltet, als man nach Rogoisna fahret, und von den Naplatker Feldern, soll der Pfarrer alle Quatember Zeit eine hlg. Messe und die Psalter ad Officium defunctorum vor die erschlagenen Capellani zu halten verbunden seyn. — — In letzterer Bestimmung ist zugleich eine Auflage zu Gunsten Dritter zu erblicken. Ein weiteres Beispiel nach dieser Richtung hin findet sich in einer Breslauer Urkunde aus dem Jahre 1362[1]); ein Breslauer Bürger, Cunradus Rempil, vermacht dem Fronleichnamhospitale centum quatuor marcarum — — in hunc modum, dass die jedesmaligen Vorsteher des Hospitales diese Summe zur Bekleidung und Beschuhung bedürftiger Leute verwenden sollen. Auch konnte man, wie aus einer Urkunde aus dem Jahre 774[2]) hervorgeht, seine Sklaven vor dem Altar einem Priester übergeben, der sie nach dem Tode des Übergebenden freilassen sollte: servi vero mei quanticunque post meum reliquero obitum volo atque instituo, ut omnis fiant deducti altario per manus pontificis s. ecclesiae bergomensis, qui est aut pro tempore fuerit, et ab illo die omnis permaneant liberi et absoluti — —. In einer Urkunde aus dem Jahre 811[3]) vermacht der Diakon Sunidhart sein gesamtes, von seiner Mutter Keslind ererbtes Vermögen: ea vero ratione haec omnia trado domni sanctae Mariae, ut post obitum meum hoc ipsud quod tradidi liceat habere Attonem, nepotem meum, in beneficium de domo episcopali cum censu, qualem placeat domno Hittone episcopo.

In Übereinstimmung mit diesen Rechten steht das Allgemeine Landrecht, nach welchem der Endzweck zu Gunsten

---

[1]) Korn, „Breslauer Urkundenbuch", I. Teil, No. 235.

[2]) Codex diplomaticus Langobardiae bei Schultze, S. 39.

[3]) Loersch u. Schröder, I, No. 44, S. 28/29.

des Empfängers, des Gebers, eines Dritten oder des Gemeinwohles auferlegt werden kann[1]).

Durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist hieran nichts geändert worden. Dass die Auflage zu Gunsten des Gebers selbst, eines Dritten oder der Allgemeinheit erfolgen kann, ergibt für die Auflage bei der Schenkung § 527 Abs. 2, bei der letztwilligen Verfügung § 2193 Abs. 1. Ist die Auflage lediglich zu Gunsten des Empfängers der Zuwendung getroffen, so wird zu prüfen sein, ob sie sich etwa nur als blosser Wunsch oder Rat darstellt oder nur den Grund der Zuwendung angibt. Auch eine Auflage, an deren Vollziehung keine überlebende Person ein Interesse hat, ist für zulässig zu erachten[2]). Hinsichtlich der Auflage bei der Verfügung von Todeswegen besteht die Besonderheit, dass gemäss § 2193 der Erblasser bei Anordnung einer Auflage die Bestimmung der Person, welcher dieselbe zu gute kommen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen kann; in diesem Falle ist jedoch erforderlich, dass er wenigstens den Zweck der Auflage bestimmt hat. Steht die Bestimmung einer solchen Auflage dem Beschwerten zu, so kann ihm nach § 2193 Abs. 2, wenn er zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist, von dem Kläger eine angemessene Frist bestimmt werden; erfolgt auch innerhalb dieser Frist die Bestimmung durch den Beschwerten nicht, so kann der Kläger selbst die Bestimmung treffen. Liegt dies einem Dritten ob, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Kann der Dritte sie nicht treffen, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über.

Wenn hierzu Bekker[3]) sagt, die Gültigkeit einer solchen Auflage, sei es an den Schenker selber oder an den belasteten Erben, an sich sei zweifellos, fraglich nur, ob dann noch von Schenkung oder Vermächtnis „sub modo" zu reden wäre, oder ob vielmehr ein Tauschgeschäft und je nachdem negotium mixtum cum donatione oder Vermächtnis eines Austausches anzunehmen wäre, so dürfte diese Auffassung nicht

---

[1]) Förster, II, § 122, S. 39/40.
[2]) Motive V, S. 213.
[3]) S. 360, Anm. i.

zutreffend sein, ja mit der von ihm selbst gegebenen Definition der Auflage in Widerspruch stehen. Die Auflage ist „Nebenerklärung", „Nebengeschäft"; das Hauptgeschäft wird mithin durch sie in keiner Weise berührt. Damit dürfte jedoch die Behauptung kaum in Einklang zu bringen sein, dass die Auflage, dieses „Nebengeschäft" im Interesse des Gebers, den Schenkungscharakter des Hauptgeschäftes derart beeinflusse, dass aus der Schenkung ein Tausch oder ähnliches würde. Es wird vielmehr auch hier ein Unterschied zu machen sein. Entweder stellt sich das ganze Geschäft von vornherein als donatio sub modo dar oder als gegenseitiger Vertrag; welcher Art es ist, wird aber Tatfrage sein. Denn ist die als Auflage normierte Leistungspflicht des Beschwerten in Wahrheit nichts anderes, als das Entgelt und Äquivalent der Leistung des Gebers, so ist von ihm auch von vornherein eine Schenkung gar nicht gewollt, also auch keine donatio sub modo, sondern ein Vertrag auf Leistung und Gegenleistung. Ist hingegen die Leistung des Beschwerten nach dem Willen des Gebers und nach den Umständen nicht die Gegenleistung für die Leistung des Gebers, dessen erste Absicht vielmehr die durch seine Leistung bewirkte Bereicherung des Beschwerten, so liegt zweifellos eine Schenkung bezw. ein Vermächtnis vor, verbunden mit einem „wirtschaftlichen Nebenzweck", der gegenüber dem Hauptzweck der Liberalität zurücktritt[1]), und es ist nicht einzusehen, weshalb der Nebenzweck in diesem Falle eine andere Bedeutung haben sollte.

Bei Beantwortung der Frage, was Inhalt einer Auflage sein kann, werden die allgemeinen Vorschriften über den Inhalt einer Leistung überhaupt heranzuziehen sein.

Zu verneinen wird zunächst die Frage sein, ob die Auflage sich stets in einer Leistung von Vermögenswert verkörpern müsse. Fast stets wohl wird der Inhalt der Auflage in einer Leistung von Vermögenswert bestehen. So sagt schon Gaius in fr. 17, § 4, D. 35, 1: quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem

---

[1]) Lenel, S. 233.

alii restitueret: sub modo legatum videtur. Aber ebenso kann auch eine Handlung ohne Vermögenswert, z. B. die Annahme des Namens des Testators zum Inhalte der Auflage gemacht werden. Jedenfalls ist das Erfordernis eines Vermögenswertes der Auflage für das römische Recht nicht anzunehmen[1]) In gleichem Sinne dürfte auch für das Allgemeine Landrecht zu entscheiden sein, und das Bürgerliche Gesetzbuch folgt ihnen. Aus den Motiven (II, § 206, S. 5) wenigstens, welche sagen, dass ein vermögensrechtliches Interesse nach der Auffassung des Entwurfes nicht zum Wesen der Obligation gehöre, ist zu entnehmen, dass auch das heutige Recht die Forderung eines Vermögenswertes der Leistung nicht aufstellt.

Aus den allgemeinen Grundsätzen über den Inhalt einer Obligation folgt, dass auch Inhalt der Auflage jede erlaubte Leistung, ein Tun oder Unterlassen sein kann. Das römische Recht[2]) spricht es z. B. in fr. 75, § 7, D. 45, 1 aus: qui id, quod in faciendo aut non faciendo stipulatur, incertum stipulari videtur. Das gleiche Prinzip finden wir im deutschen Privatrecht[3]); es kehrt in § 123, I, 2 des Allgemeinen Landrechts wieder, wo es heisst, dass ein persönliches Recht die Befugnis enthalte, von dem Verpflichteten zu fordern, dass er etwas geben, leisten, verstatten oder unterlassen solle, und ist auch in § 241 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Ausdruck gekommen. Der Inhalt der Auflage muss jedoch bestimmt oder bestimmbar sein. Ist er gänzlich unbestimmt oder dem freien Belieben des Empfängers überlassen, so entsteht keine Verpflichtung seinerseits; denn in diesem Falle ist anzunehmen, dass der Geber den animus pure donandi gehabt hat und eine rechtliche Verbindlichkeit des Empfängers nicht hat begründen wollen. An dieser allgemein gültigen Forderung muss auch nach heutigem Recht festgehalten werden. Anders, wenn die Leistung nicht genau bestimmt, sondern nur bestimmbar ist. Dann greifen die Vorschriften der §§ 315 ff. ein. § 315 trifft den Fall, dass die Leistung durch einen der Vertrag-

---

[1]) Windscheid-Kipp, II, § 250, S. 3, Note 3.

[2]) Windscheid-Kipp, II, § 252, S. 13, Note 2; Sintenis, II, § 83, S. 20.

[3]) Stobbe, III, § 166, S. 71.

schliessenden bestimmt werden soll, und erklärt, dass im Zweifel anzunehmen sei, die Bestimmung solle nach billigem Ermessen erfolgen, so dass bei offenbar unbilliger Entscheidung diese durch Urteil erfolgt. Die gleichen Grundsätze gelten auch dann, wenn die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten geschehen soll; auch für diesen Fall ist der Massstab des billigen Ermessens, eventuell richterliche Entscheidung vorgesehen. Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten (§ 317). Für die letztwillige Auflage greift § 2154 Abs. 1, Satz 2, Platz, sowie die Bestimmung des § 2065, dass der Erblasser die Auflage nicht derart festsetzen darf, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten solle oder nicht. Dagegen gestattet ihm § 2156, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten zu überlassen, vorausgesetzt, dass er den Zweck der Auflage bestimmt hat. Zu erwähnen ist noch, dass § 318 Abs. 2 eine Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung zulässt, sie aber nur den Vertragschliessenden gestattet. Die Anfechtung muss unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat; Anfechtungsgegner ist der andere Teil. Diese Vorschriften gelten ohne weiteres für die Auflage bei der Schenkung. Für die letztwillige Auflage aber fehlt es, da sie gemäss ihrer Definition in § 1940 ein Recht eines andern, die Leistung zu fordern, nicht begründet, an einem Anfechtungsgegner[1]). Daher die Vorschrift des § 2081 Abs. 3, dass die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Recht für einen anderen nicht begründet wird, insbesondere die Anfechtung einer Auflage, durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht zu erfolgen hat.

Die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften auf den Inhalt der Auflage ergibt ferner, dass derselbe auch alternativ bestimmt sein kann, also derart, dass der Belastete die eine oder die andere Leistung bewirken soll.

Im römischen Recht und schon im Allgemeinen Landrecht, mehr noch im heutigen Recht ist die Behandlung der

---

[1]) Protokolle V, S. 71.

Alternativobligation in manchen Punkten eine verschiedene. Ihre Gestaltung im römischen Recht war folgende. Die Befugnis zur Wahl des einen oder des anderen Gegenstandes stand in der Regel dem Verpflichteten zu: — — cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet (fr. 10, § 6, D. 23, 3); desgleichen in fr. 34, § 6, D. 18, 1: si emptio ita facta fuerit, est mihi emptus Stichus aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est. Eine Konzentration der verschiedenen Leistungen trat jedoch erst mit der von dem Verpflichteten bewirkten vollen Leistung oder durch Vertrag zwischen den Parteien ein, nicht aber schon infolge einseitiger Erklärung des Verpflichteten[1]); denn in fr. 138, § 1, D. 45, 1 heisst es: cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo, quod praestaturus sis: quia diversa causa est voluntatis expressae et eius, quae inest. Der Verpflichtete hatte darnach das ius variandi. Die gleiche Folge trat ein bei Unmöglichwerden der einen Leistung: si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex iis meus factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te (fr. 16, D. 45, 1; desgleichen fr. 95, pr. D 46, 3: — — altero mortuo, qui vivit, solus petetur). Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich gewesen, so kann sich der Verpflichtete durch Wahl der unmöglichen Leistung befreien, d. h. er braucht nichts zu leisten: Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus; nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando (fr. 72, § 4, D. 46, 3).

Das Allgemeine Landrecht folgte insofern dem römischen Recht, als auch nach ihm die Befugnis zu wählen dem Verpflichteten zustand (§ 274, I, 5), und die Wahl sich in der Regel erst mit der Übergabe der Sache vollzog[2]). Während aber nach römischem Recht die mehreren Sachen in obligatione waren, war dies nach preussischem Recht ungewiss[3]). Nach ihm war die Wahl nicht mehr möglich, wenn eine der möglichen Leistungen durch Zufall ausschied. Der Wahlberechtigte

---

[1]) Windscheid-Kipp, II, § 252, S. 27.
[2]) Dernburg, Preuss. Privatr. II, § 28, S. 60.
[3]) Förster, I, § 65, S. 382, Note 15.

war dann nicht mehr gebunden, konnte jedoch unter den noch möglichen Leistungen wählen. Ein Nachteil traf denjenigen, der diese Unmöglichkeit verschuldet hatte, insofern, als er, wenn er der Berechtigte war, sich Befriedigung aus den noch vorhandenen Leistungen gefallen lassen musste, wenn er der Verpflichtete war, aus denselben leisten musste. War eine der Leistungen schon von Anfang an unmöglich, so war, obwohl konsequenter Weise die Obligation dann hätte ganz wegfallen müssen[1]), nach § 56, 1, 5 dem andern Teil das Recht gegeben, statt des Unmöglichen etwas anderes zu fordern oder zu leisten. Das Gleiche galt gemäss § 388, I, 12 für die letztwillige Auflage. Eine Besonderheit gegenüber dem römischen Recht, die auch das heutige Recht nicht kennt, lag darin, dass dann, wenn kraft besonderer Bestimmung das Wahlrecht unbeschränkt dem Legatario überlassen war, dieser das Beste wählen konnte; dies traf auch dann zu, wenn die Wahl einem Dritten überlassen war (§ 395 eod.). Konnte jedoch in diesem Falle der Dritte nicht wählen, so trat das Recht des Legatars ein, der aber dann nur eine brauchbare Sache von mittlerem Wert wählen durfte (§ 396 eod.).

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun hinsichtlich der Wahlbefugnis bei der Alternativobligation die früheren Vorschriften, dass grundsätzlich dem Schuldner, d. i. dem Verpflichteten, die Wahl zustehe, übernommen (§ 262). Der Verpflichtete hat die von ihm getroffene Wahl dem andern Teile zu erklären (§ 263). Im Gegensatz zum römischen Recht aber gilt mit dieser Erklärung die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete; ein einseitiges Abgehen von der einmal getroffenen Wahl steht dem Beschwerten dann nicht mehr zu, er hat kein ius variandi. Mit der Abgabe der Erklärung tritt die Konzentration der Obligation ein. Die gleiche Wirkung hat gemäss § 264 die Empfangnahme der gewählten Leistung oder einer Teilleistung durch den Bedachten. Hat dieser das Wahlrecht und gerät er mit der Vornahme der Wahl in Verzug, so kann ihm nach Abs. 2 desselben Paragraphen der Beschwerte unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem frucht-

[1]) Förster, I, § 65, S. 384.

losen Ablauf der Frist geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Wenn eine der Leistungen von Anfang an unmöglich ist oder es später wird, so tritt gemäss § 265 gleichfalls eine Konzentration der Leistungen ein; also nicht wie im römischen Recht, wo die Wahlbefugnis sich auch dann noch auf die unmögliche Leistung erstreckte, aber auch nicht wie im preussischen Recht, wo an Stelle der unmöglichen Leistung eine andere gefordert werden konnte. Nach heutigem Recht beschränkt sich die Verpflichtung auf die noch möglichen Leistungen. Eine Annäherung an jene in § 56, I, 5 des Allgemeinen Landrechts gegebene Bestimmung, statt des Unmöglichen etwas anderes zu fordern, finden wir in Satz 2 des § 265, jedoch mit zwei Modifikationen. Voraussetzung ist zunächst ein Verschulden auf Seiten des nicht wahlberechtigten Teiles, und sodann beschränkt sich das Wahlrecht auf die noch mögliche Leistung und den Schadensersatz wegen der unmöglich gewordenen (§ 280 Abs. 2).

Zulässig ist jedoch auch, dass der Inhalt der Auflage auf die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gerichtet ist. Das römische und gemeine Recht liess hier ähnliche Grundsätze zur Anwendung gelangen, wie bei der Alternativobligation; so hatte der Verpflichtete die Wahl — — qui hominem generaliter promisit, sagt Julian in fr. 32, § 3, D. 12, 6, similis est ei, qui hominem aut decem debet et ideo, si, cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet: alium autem quemlibet dando liberari poterit — kann sich jedoch mangels einer näheren Bestimmung durch Leistung der schlechtesten Sache befreien, wie aus fr. 52, D. 17, 1 hervorgeht: fideiussorem, si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo; a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. Schon das Allgemeine Landrecht liess hierbei eine Änderung eintreten. Es bestimmte in § 275, I, 5, dass, wenn eine bloss nach ihrer allgemeinen Gattung bezeichnete Sache versprochen war, eine Sache von mittlerer Art und Güte zu geben sei. Für die letztwillige Auflage forderte § 404, I, 12 im Einklang damit, dass bei unbestimmt gebliebener Qualität einer dem Legatario zugedachten Sache diese nach

dem Stande und der Notdurft des Empfängers zu bestimmen sei. Diese Vorschriften hat das Bürgerliche Gesetzbuch den seinen zu Grunde gelegt. Übereinstimmend mit dem preussischen Recht ist im Falle der Auflage bei der Schenkung eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten (§ 243 Abs. 1), im Falle der letztwilligen Auflage gemäss § 2153 Abs. 1 eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache. Auch bei dieser Gattungsschuld steht die Wahl innerhalb des Kreises der vorgeschriebenen Gegenstände dem Beschwerten zu; doch kann das Wahlrecht einem Dritten überlassen sein, und dann müssen in gleicher Weise die §§ 317—319 entsprechende Anwendung finden. Bei letztwilligen Verfügungen bestimmt für diesen Fall § 2155 Abs. 2 die gleiche Anwendung der für das Wahlvermächtnis in § 2154 gegebenen Vorschriften. Eine Konzentration der Leistungen tritt ein, sobald der Beschwerte das zur Leistung einer solchen Sache Erforderliche seinerseits getan hat (§ 243 Abs. 2). Die Folge ist, dass bei zufälligem Untergang der nunmehr bestimmten Sache der Beschwerte von seiner Leistungspflicht frei wird (§ 275). Die Gefahr geht nach § 300 Abs. 2 auf den Bedachten mit dem Zeitpunkt über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, dass er die angebotene Leistung nicht annimmt. Nach dem Grundsatz: genus non perit hat der Beschwerte gemäss § 279 sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, solange überhaupt noch die Leistung aus der Gattung möglich ist. Hinsichtlich einer solchen Auflage bei letztwilligen Verfügungen sind noch die besonderen in § 2155 für das Vermächtnis gegebenen Vorschriften heranzuziehen. Für den Fall nämlich, dass die Bestimmung der Sache dem Bedachten oder einem Dritten überlassen ist und dieser eine Wahl trifft, die den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht entspricht, hat der Beschwerte so zu leisten, wie wenn der Erblasser über die Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte. Das Recht, die Sache zu bestimmen, geht infolgedessen auf den Beschwerten über, und in letzter Linie erfolgt die Bestimmung durch Urteil, wenn eine Einigung nicht erzielt werden kann (§ 319).

Weiterhin muss, damit eine rechtliche Verbindlichkeit auf Seiten des Beschwerten entstehen kann, die den Inhalt der

Auflage bildende Leistung auch möglich sein. Im Anschluss an die Grundsätze des bisherigen Rechts stehen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. So hatte schon Celsus (in fr. 185, D. 50, 17) gesagt: impossibilium nulla obligatio est, und in l. 8, C. 4, 6 wird ausdrücklich hinzugefügt: dictam legem donationi, si non impossibilem causam contineat — —, und auch das Allgemeine Landrecht hatte in § 51, I, 5 den Grundsatz der Nichtigkeit solcher Verträge ausgesprochen. Ihnen folgt das neue Recht. Für die Auflage bei der Schenkung ist § 306 heranzuziehen, der besagt, dass ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig sei; daraus folgt auch für eine solche Auflage deren Nichtigkeit. Damit wird jedoch, was Lammfromm (S. 167) nicht berücksichtigt und deshalb zu einem „misslichen Resultat" gelangt, wenigstens nicht in allen Fällen, nicht die ganze Zuwendung nichtig. Dies galt schon für das römische Recht; denn nur dann, wenn die Auflage einen möglichen Inhalt hatte und nicht erfüllt wurde, konnte condiciert werden. Sonst aber bewirkte, wie Regelsberger[1]) sagt, die Unmöglichkeit der Auflage selbst bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nur die Hinfälligkeit der Auflage, nicht der Zuwendung selbst, und anfängliche Unmöglichkeit der auferlegten Leistung zog die Ungültigkeit einer Schenkung niemals, nachfolgende nur im Falle des Verschuldens des Beschwerten nach sich[2]). Es wird vielmehr, wie stets, auch in solchen Fällen in erster Linie der Wille des Gebers berücksichtigt werden müssen und die ganze Zuwendung nur dann als nichtig anzusehen sein, wenn angenommen werden muss, dass sie ohne den nichtigen Teil nicht würde vorgenommen worden sein (139)[3]). Jedenfalls berechtigt zu dieser Annahme auch die für die letztwillige Auflage in § 2195 ausdrücklich getroffene Bestimmung, dass ihre Unwirksamkeit die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung nur zur Folge hat, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage

[1]) § 166, S. 605.

[2]) Lammfromm, § 20, S. 101; Sintenis, I, § 21, S. 185; Scheurl, § 75, S. 255, erwähnt nur die zufällige Unmöglichkeit.

[3]) Crome, Part. Rechtsgesch., § 75, S. 535; Oertmann, Note 5 zu § 525.

gemacht haben würde. Für die Auflage bei der Verfügung von Todeswegen gilt die spezielle Vorschrift des § 2171, gemäss der eine Auflage, die auf eine zur Zeit des Erbfalles unmögliche Leistung gerichtet ist, unwirksam sein soll. In demselben Paragraphen wird auch auf § 308 verwiesen, der entsprechende Anwendung bei der letztwilligen Auflage finden soll. Darnach würde sowohl bei der Schenkung, wie bei der letztwilligen Verfügung die Unmöglichkeit der Leistung auf die Gültigkeit der Auflage keinen Einfluss ausüben, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und die Verpflichtung für den Fall gewollt ist, dass die Leistung möglich wird, analog der Bestimmung des Allgemeinen Landrechts, wonach z. B. die Leistung einer res extra commercium bedungen werden konnte für den Fall, dass sie diese Eigenschaft verliert. Ist die Leistung nicht schon von Anfang an, sondern erst später unmöglich geworden, so muss, wie schon nach römischem Recht, auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch unterschieden werden, ob die Unmöglichkeit der Erfüllung auf ein Verschulden des Beschwerten zurückzuführen ist oder nicht. Hat der mit der Auflage Beschwerte die Unmöglichkeit der Leistung nicht verschuldet, so sprach schon das römische Recht ihn von jeder Verpflichtung frei, und das Gleiche gilt gemäss § 275 für das heutige Recht. In Abs. 2 des § 275 wird zugleich dieser objektiven Unmöglichkeit die subjektive oder das Unvermögen des Verpflichteten zur Leistung gleichgestellt. Was der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich aus § 276; es sind Vorsatz und Fahrlässigkeit, sofern nicht nach dem Parteiwillen oder Gesetz noch andere Bestimmungen massgebend sein sollen. Unter Vorsatz versteht dabei das Gesetz, wie aus den Motiven (I, S. 280) hervorgeht, „die auf die Vornahme einer Handlung oder die Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung“ und fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt (§ 276 Abs. 1 Satz 2). Während aber durch Parteiwillen dem Verpflichteten die Haftung wegen Fahrlässigkeit im voraus erlassen werden kann, ist dies kraft Gesetzes bei vorsätzlichem Handeln ausgeschlossen (§ 276 Abs. 2); denn ein solches Abkommen würde gegen die guten Sitten verstossen und darum nach § 138 nichtig sein. In gleichem Umfange hat der Be-

schwerte gemäss § 278 ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen zu vertreten, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Wird so der Beschwerte bei unverschuldetem Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage befreit, so haftet er hingegen, wenn diese Unmöglichkeit auf einen Umstand zurückzuführen ist, den er zu vertreten hat. In diesem Falle trat nach römischem Recht an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung das Interesse des Berechtigten, während das Allgemeine Landrecht, etwas abweichend davon, den Verpflichteten „für das Interesse nach dem Grade seiner Verschuldung" einstehen liess (§ 360, I, 5). Das neue Recht schliesst sich dem römischen Rechte an; denn nach ihm hat der Verpflichtete gemäss § 280 Abs. 1 dem Berechtigten den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden, d. i. das Interesse, zu ersetzen. Ergreift die Unmöglichkeit nicht die ganze Leistung, sondern nur einen Teil derselben, so kann, bei mangelndem Interesse des Berechtigten an dem noch möglichen Teile der Leistung, dieser die teilweise Erfüllung ablehnen und nach § 280 Abs. 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Der Inhalt des Schadensersatzes bestimmt sich nach § 249; eventuell muss der Beschwerte, wenn er infolge des die Unmöglichkeit veranlassenden Umstandes einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt hat, dem Berechtigten das als Ersatz Empfangene herausgeben oder den Ersatzanspruch abtreten (§ 281 Abs. 1). Diese letztere Vorschrift findet jedoch in dieser allgemeinen Fassung nur für die Auflage bei der Schenkung Anwendung. Hinsichtlich der Auflage bei der letztwilligen Verfügung sagen die Motive (V, S. 155/56): „Allgemein zu bestimmen, dass, wenn der vermachte Gegenstand untergegangen, aber dafür ein Ersatz oder ein Ersatzanspruch erlangt worden ist, der Ersatz oder Ersatzanspruch an die Stelle des Gegenstandes trete, erscheint nicht zulässig". Wenn nach der Auffassung des Gesetzbuchs demnach auch die Anwendung des § 281 Abs. 1 im allgemeinen unstatthaft ist, so wird sie im einzelnen doch dann Anwendung finden müssen, wenn die Leistung infolge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist[1]), und zwar mit

[1]) Feigel, S. 41.

Rücksicht auf den allgemein gültigen Grundsatz, dass ein Verschulden immer zu vertreten ist. Das Allgemeine Landrecht enthielt in den §§ 369, 370, I, 5 noch besondere Bestimmungen darüber, wenn zwar nicht die Erfüllung an sich, aber eine dem Berechtigten festgesetzte Art der Erfüllung unmöglich wurde. Dann konnte, je nachdem die Schuld den Verpflichteten oder Berechtigten traf, im ersteren Falle der Berechtigte, im letzteren der Verpflichtete eine anderweitige Erfüllungsart wählen. Eine dieser ähnliche Bestimmung hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen. Aber auch nach ihm dürfte man unter Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze zu dem gleichen Resultat gelangen. Aus dem Verschulden des einen Teiles folgt nämlich seine Schadensersatzpflicht; der Schadensersatz erfolgt grundsätzlich durch Naturalrestitution. Diese besteht hier in der Erfüllung, und diese kann daher in erster Linie vom Gegner des Schuldigen verlangt werden, da sie noch möglich ist, wenngleich auf andere Art bewirkt werden muss.

In der Natur der Sache begründet und daher selbstverständlich ist schliesslich der Grundsatz, dass der Inhalt der Auflage nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen darf. Schon Paulus drückte dies in fr. 37, D. 35, 1 mit den Worten aus: quoniam totiens secundum voluntatem testatoris facere. compellitur, quotiens contra legem nihil sit futurum, und Ulpian in fr. 8, § 6, D. 28, 7: quotiens heres iurare iubetur daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est — —. Für das Allgemeine Landrecht ist der gleiche Grundsatz aus § 68, I, 5 zu entnehmen, und das Bürgerliche Gesetzbuch spricht ebenfalls in den allgemeinen Vorschriften der §§ 134, 138 aus, dass eine Auflage mit einem gesetzwidrigen oder gegen die guten Sitten verstossenden Inhalt nichtig ist; bei der letztwilligen Verfügung ist es in § 2171 noch besonders hervorgehoben. Für die Beurteilung der Frage, wann der Inhalt gegen die guten Sitten verstösst, werden sowohl die Anschauungen und Gepflogenheiten des ganzen Volkes, wie auch rein subjektive Momente massgebend sein müssen[1]). Liegt eine Auflage mit einem

[1]) Fischer-Henle, Note 1 zu § 138.

gegen die guten Sitten verstossenden Inhalt vor, so ist an und für sich nur die Auflage nichtig. Anders ist es freilich, d. h. die ganze Zuwendung wird nichtig, wenn durch die Auflage dem „ganzen Geschäft der Stempel des Unsittlichen aufgedrückt wird“[1]).

Das römische Recht unterschied bei dem modus mit einem den guten Sitten gefährlichen Inhalt mehrere Fälle. So einmal den Fall, dass der Verstoss gegen die guten Sitten auf Seiten des Gebers lag. Ein solcher, in der Absicht, den Empfänger zu einer gegen die guten Sitten verstossenden Handlung zu bewegen, auferlegter modus konnte keine rechtliche Verbindlichkeit des Empfängers begründen; dies war nur eine Folge aus dem oben in fr. 8, § 6, D. 28, 7 ausgesprochenen Grundsatze. Lag der Verstoss auf Seiten des Empfängers, der sich durch den modus zu einer solchen Handlung verpflichtete, so war auch dies für ihn nicht rechtsverbindlich. Das Geleistete konnte vielmehr nach dem in fr. 1, § 2, D. 12, 5 von Paulus ausgesprochenen Grundsatz: quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest, vom Geber jederzeit zurückgefordert werden. Traf endlich der Verstoss beide Teile, den Geber, der den modus festgesetzt, und den Empfänger, der sich durch Annahme der Zuwendung zu seiner Erfüllung verpflichtet hatte, so konnte, sollte die Zuwendung bereits erfolgt sein, das Zugewendete weder durch den Geber zurückgefordert werden, noch, wenn die Zuwendung noch nicht erfolgt war, diese von dem andern Teile verlangt werden; denn: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est (fr. 8, D. 12, 5). Für die letztwillige Auflage folgte aus fr. 37, D. 35, 1, auch fr. 113, § 5, D. de legat. I, dass in solchen Fällen der modus gestrichen wurde, und die Zuwendung dem Belasteten unbeschwert verblieb[2]). Berücksichtigt wurde endlich auch der Fall, dass eine Auflage zwar nicht etwas gegen Gesetz oder Sitte direkt Verstossendes enthält, dass sie aber doch, sei es nach Zeit oder Ort, in gewisser Hinsicht

[1]) Oertmann, Note 5 zu § 525.
[2]) Pernice, „Labeo“, III. S. 35.

unerlaubt ist. Bei einer solchen Auflage wurde nicht von vornherein gesagt: non valet, sondern es wurde mit möglichster Rücksichtnahme auf den Willen des Gebers zunächst versucht, ihr einen zwar andern, aber doch entsprechenden Inhalt zu geben. Ein solcher Fall ist behandelt in fr. 16, D. 33, 2: legatum civitati relictum est, ut ex reditibus quotannis in ea civitate memoriae conservandae defuncti gratia spectaculum celebretur, quod illic celebrare non licet. Modestin entscheidet nun in betreff dieser Auflage folgendermassen: cum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrare non licet, iniquum esse, hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere: igitur adhibitis heredibus et primoribus civitatis dispiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur. Eine dieser Vorschrift des römischen Rechts analoge Bestimmung fehlt sowohl im Allgemeinen Landrecht als auch im Bürgerlichen Gesetzbuch. Es dürfte jedoch durchaus vernunftgemäss sein und kaum einem Bedenken unterliegen, in einem solchen Falle auch nach neuem Recht die gleiche Entscheidung zu treffen. Denn auch nach heutigem Recht ist eine buchstäbliche Interpretation des geäusserten Willens zu vermeiden, vielmehr eine Auslegung desselben nach Treu und Glauben geboten und zu erwägen, was nach Lage der Sache im Zweifel gewollt worden wäre.

Ist eine Auflage bei einer letztwilligen Verfügung unwirksam, so hat sie gemäss § 2195 die Unwirksamkeit der Zuwendung nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde. Ob das entscheidende Gewicht also auf die Auflage oder auf die Zuwendung gelegt werden muss, wird der Prüfung und Beurteilung des einzelnen Falles überlassen bleiben müssen. Als massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob der Inhalt der Auflage gegen Gesetz oder Sitte verstösst, kommt die Zeit des Erbfalles in Betracht[1]), abweichend vom römischen Recht, das gemäss der regula Catoniana den Zeitpunkt der Testamentserrichtung als den

[1]) Meischeider, S. 445.

entscheidenden ansah. Zu erwähnen ist noch der Fall, dass nach dem Inhalt der Auflage etwa wiederkehrende Leistungen zu machen sind. Hierbei wird als dem Willen des Erblassers entsprechend anzunehmen sein, dass die Zuwendung ihre Kraft verlieren solle, wenn der Empfänger die Leistungen nicht mehr entrichten kann[1]). Hingegen hat es das Gesetz vermieden, eine positve Vorschrift hinsichtlich törichter oder zweckloser Auflagen zu geben. „Die Entscheidung darüber", heisst es in den Protokollen (V, S. 243), „ob eine Anordnung offenbar töricht oder zwecklos sei, hänge vielfach von subjektiven Anschauungen ab. Der Richter könne sich, auch bei gewissenhafter Ausübung seines Amtes, dem Einflusse der geschichtlichen, politischen und religiösen Anschauungen seiner Zeit nicht vollständig entziehen. Die Gefahr, dass eine durchaus verständige, jedenfalls vom Standpunkte des Erblassers gerechtfertigte Anordnung für ungültig erklärt werden würde, sei hiernach nicht von der Hand zu weisen". Eine offenbar widersinnige Auflage aber wird nach den §§ 104 No. 2, 118 zu beurteilen sein, ob überhaupt eine gültige Willenserklärung vorliegt[2]).

Ein tiefgreifender Unterschied zwischen dem früheren und dem heutigen Recht ist jedoch zu erkennen, wenn man das Verhältnis von Auflage und Zuwendung nach ihrem Vermögenswert ins Auge fasst. In dieser Hinsicht ist die Anschauungsweise des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine grundverschiedene von der des römischen Rechts und selbst noch der des Allgemeinen Landrechts. Nach römischem Recht bedingte nämlich die in der Schenkung und Verfügung von Todeswegen liegende Liberalität, der Begriff der Unentgeltlichkeit dieser Verfügungen, eine weitere Eigenschaft des modus. Sollte nämlich die unentgeltliche Zuwendung nicht den Charakter der Liberalität verlieren und zu einer datio ob rem werden, so durfte die den Inhalt des modus bildende Verpflichtung bezw. der zu seiner Verwirklichung erforderliche Vermögensaufwand an Geldeswert nicht den Wert der Zuwendung übersteigen. Selbst in dem Falle also, dass das

---

[1]) Staudinger, V, § 2195, S. 429,

[2]) Frommhold, § 2192, Note 3; S. 187/188.

Zugewendete nach einiger Zeit einem Dritten herauszugeben ist, muss doch noch auf Seiten des ersten Empfängers eine Bereicherung vorliegen, und zwar ist diese in dem Genuss der Vorteile der Zuwendung während der Zwischenzeit bis zum Zeitpunkte der Herausgabe an den Dritten zu erblicken: si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas — — (fr. 18, § 1, D. 39, 5). Wenn die Zuwendung unter der Auflage erfolgte, das Zugewendete sofort wieder herauszugeben, also eine Vermögensvermehrung auf der andern Seite nicht eintrat, so durfte doch auch in solchen Fällen der modus der Zuwendung nicht den Charakter der Liberalität rauben. Vielmehr handelte es sich dann stets um solche Zuwendungen, durch welche dem Empfänger eine Leistung aus seinem eigenen Vermögen erspart wurde, so dass auch dann noch eine Bereicherung des Empfängers stattgefunden hatte. Ein treffendes Beispiel hierfür gibt Ulpian in fr. 9, pr. D. 23, 3: si ego Seiae res dedero, ut ipsa suo nomine in dotem det — —. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch muss hingegen aus § 526 e contrario entnommen werden, dass die Vollziehung der Auflage an und für sich nicht davon abhängig ist, dass der dazu erforderliche Aufwand den Wert der Zuwendung nicht übersteigt. Denn nur in dem Falle, dass infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht, ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird, und er kann von dem Schenker Ersatz des Mehraufwandes verlangen, wenn er die Auflage ohne Kenntnis des Mangels vollzogen hat. Das Gleiche wird auch für die letztwillige Auflage zu entnehmen sein, ungeachtet derjenigen Vorschriften, welche dem Erben oder Ver-Vermächtnisnehmer eine Kürzung der ihn belastenden Auflagen gestatten, wenn sie die Zuwendung erschöpfen oder ihn in seinem Pflichtteil schmälern. Denn grundsätzlich hindert auch hier nichts, dass der Wert der Auflage den Wert der Zuwendung übersteigt, und der Erbe z. B., der unbeschränkt haftet, also auch mit seinem eigenen Vermögen, wird die zu den Nachlassschulden zählenden Auflagen zu er-

füllen haben, auch wenn sie den Wert des Nachlasses übersteigen. Diese Auffassung wird, glaube ich, auch von Dernburg vertreten, wenn er (in Bd. II, § 210, Ziffer 5 des „Bürgerl. Rechts") sagt: „Ergibt sich gegen die Erwartung der Beteiligten, dass die Kosten der Auflage den Wert der Schenkung aufzehren oder überschreiten, so erwächst gleichwohl nach dem Gesetze kein Anspruch auf Herabsetzung der Auflage."

Die Absicht aber, des Schenkers sowohl, der einem andern etwas „unter einer Auflage" zuwendet, wie des Erblassers, der letztwillig seinen Erben oder Vermächtnisnehmer mit einer Auflage beschwert, zielt neben der Bereicherung des Empfängers auf die Verwirklichung des Inhaltes der Auflage ab.

Die Mittel, welche zu letzterem Zwecke dem Geber zu Gebote standen, waren im mittelalterlich-deutschen Rechte wohl mannigfaltiger, als etwa im heutigen, ja selbst als im römischen Rechte. Damit nämlich der Vergabende auch die Sicherheit hatte, dass das von ihm gesetzte Geding ausgeführt wurde, bestimmte er entweder in der Vertragsurkunde selbst eine Busse, welche die Strafe für die Nichtbefolgung des letzten Willens sein sollte, oder er drohte sonstige Strafen an, wie etwa die, dass die Gabe in diesem Falle einer andern Person zufallen solle[1]), oder dem ursprünglich Bedachten gänzlich entzogen werden solle, wie es z. B. in der oben erwähnten Konstanzer Urkunde weiterhin heisst: Und were daz der convente derselben swestern von Diessenhofen ald kain sin maisterschaft dur hain not ald ordinunge diz selgeret verkoffen wollint alder wandelon alder wehselon wider dez mainunge, der ez gesezet hat ze ainem ewigen dienst unser vrowen, swenne diu wandelunge beschehe, so sun wir der spitale vrilich ledic sin aller der gelubde und der gehaizze, die wir habunt getan an diesem brieve; oder der Empfänger unterwarf sich, wie in derselben Urkunde, selbst einer Busse für den Fall der Zuwiderhandlung: Und swie wir diz zil versumet, daz wir diz nusse nit gebint, als hie vor underschaiden

[1]) Schultze, S. 31, Anm. 3.

ist, so sien wir schuldic und gebunden mit gelubde an diesem brieve, daz wir ze ainer busse umbe unser sumsali zwiront als vil darnach uber ain wohchun sulint gen an de buwe unser vrowen ze dem tume ze Constanz, swenne ez mit diesem brieve wir gevordrot, und sien doch niut ledic ze dem zil noch darnach dez selgeretes, daz zu demselben unser vrowen bilde dienst hievor an diesem brieve gescriben stat. Üblich war auch die Vereinbarung anderer Nachteile durch sonstige Strafgedinge[1]). Häufig setzte der Empfänger seine Treue und Ehre zum Pfande, erklärte, dass er ehrlos, rechtlos und eidbrüchig gelten wolle, wenn er sein Versprechen nicht erfülle, oder unterwarf sich ipso iure der Exkommunikation[2]). Dies kann auch aus dem Inhalt der beiden folgenden Urkunden geschlossen werden; in der ersten[3]) heisst es: Quicunque hominum pro amico suo aliquid spoponderit et suam fidem acceperit, in quacunque sit re, iustum et congruum reor fore, hoc perficiendo explere, si apud homines infamiam et coram deo vult periculum declinare. Quam ergo infamiam apud homines et hoc periculum coram deo summo ego Ch. cupiens devitare, trado — — de illa etiam hereditate, quam V. meae fidei tradendo commendavit — —; und in der vorgenannten Breslauer Urkunde wird gesagt: Nos itaque — — consules supradicti ambarum parcium precibus inclinati predictum empcionis, vendicionis, donacionis et assignacionis contractum ratum habentes et gratum ipsum ex certa nostra sciencia confirmamus mandantes dictum contractum in omnibus suis clausulis et capitulis ab ipsis partibus inviolabiliter observari, volentes etiam et consentientes, quod prenominati procuratores se et successores suos legitimos quoad solutionem dicti census seu testamenti executionem perpetuis temporibus ut premittitur faciendam coram — — officiali Wratislawiensi subicere et submittere debeant excummunicationis pene ecclesiasticeque censure, que etiam in, contra et super dictos procuratores ipsorumque legitimos successores totiens, quotiens contra premissa aut aliquid premissorum fecerint, debeant

---

[1]) Gierke, § 91, S. 525.

[2]) Stobbe, § 174, S. 141.

[3]) Schannat. trad. fuld. No. 486 bei Beseler, Teil I, S. 281/282.

prorogari. Kirchliche Strafen griffen insbesondere dann ein, wenn der Verpflichtete ein Kleriker war: si prespyter, cui defunctus commisit, servum libertare, noluerit, usu et iustitia debet ab episcopo coërceri[1]). Abgesehen von diesen sozialen Folgen aber knüpften manche Rechte auch juristische Folgen an die Verletzung eines in dieser Weise bestärkten Versprechens, es tritt Strafe „an Ehre und Gut" ein, wie es in einem Freiburger Statt. v. 1520 heist: „Wer seine Treue giebt und freventlich und gefährlich ohne ehehafte Ursache bricht, soll an Ehre und Gut gestraft werden"[2]). Ferner aber hatte der Schenker oder seine Erben ein dingliches Rückforderungsrecht für den Fall, dass die lex donationis nicht erfüllt wurde. Der Beschenkte erwarb, sei es, dass ihm Immobilien oder Mobilien übergeben wurden, das Eigentum an ihnen, aber beschränkt durch die beigefügte Zweckbestimmung, die Schenkung war Zweckschenkung. Wurde dieser Zweck nicht erfüllt oder vereitelt, so fiel die Gabe wieder an die Seite des Gebers zurück[3]). Doch konnte der Verpflichtete auch durch Klage auf gerichtlichem Wege zur Erfüllung der Auflage gezwungen werden[4]). Zweifelhaft ist, ob auch der Bedachte selbst diese Klage anstrengen konnte. Diese Annahme scheint jedoch mit Rücksicht auf eine Urkunde aus dem Jahre 814[5]) begründet, in der der Bischof im Grafengeding die Vollziehung der Auflage an das ihm unterstellte Kloster fordert: — — hoc peractam, praevalente infirmitate et die exitus animae illius adpropinquante, defunctus est Freido prespyter ipsique supradicti aliquantum tempus detardaverunt hoc agere, quod Freidoni presbytero promiserunt, veniens enim Hadolt advocatus Freidonis presbyteri et narravit Hittoni episcopo omnia, sicut actum erat, ipseque episcopus veniens in concilium Engilharti comitis et interpellabat eos de ipsa ecclesia quam Freido domni sanctae Mariae tradidit per manus eorem, ipsique confitentes

---

[1]) Expositio zu Aist. 3 (12) bei Schultze, S. 152.

[2]) Stobbe, § 174, S. 142, Anm. 12.

[3]) Schultze, S. 85/86.

[4]) Beseler, Teil I, S. 281/282; Bewer, § 15, S. 76/77; Merkel, S. 149/150; Heusler, I, S. 221.

[5]) Loersch und Schröder, No. 47, S. 31.

verum esse, venerunt ad Frisisinga et perfecerunt, sicut eis iniunxit Freido presbyter et confirmaverunt traditionem eius in altare sanctae Mariae. Diese Ansicht wird auch von Gierke vertreten, wenn er sagt, dass das deutsche Recht stets aus dem Versprechen der Leistung an einen Dritten ein unmittelbares Forderungsrecht des Dritten entstehen liess, und dass grade auf diesem Prinzip die Verpflichtung des Salmanns zu der versprochenen Herausgabe oder Leistung an den Dritten beruhe[1]). Weit häufiger aber finden sich in den Urkunden Strafandrohungen und Festsetzungen von Bussen für den Fall, dass seitens der Erben oder Verwandten des Vergabenden die Erfüllung seines Willens vereitelt oder bedroht würde, so dass es den Anschein gewinnt, als ob diese Befürchtung grösser gewesen sei als jene, dass der Empfänger der Gabe selbst seiner Verpflichtung nicht nachkommen könnte. Denn am Schlusse zahlreicher Urkunden steht mit folgenden oder ähnlichen Worten die Klausel: si autem aliquis heredum meorum adversus hanc donationem a me factam insurgere voluerit eamque infringere temptaverit, prius iram Dei incurrat ac sanctae Dei ecclesiae, cui vim intulerit, libras auri 100, argenti 1000 persolvat[2]). Dies mag darin seinen Grund haben, dass derartig belastete Vergabungen in der Regel an hochgestellte Persönlichkeiten oder an Kleriker erfolgten, deren Stellung oder Beruf in jener Zeit über allen Verdacht erhaben war.

Während das römische Recht hinsichtlich der Rechtsmittel, welche zur Verwirklichung der Auflage dem Schenker einerseits, dem Erben bezw. gegen ihn andrerseits zu Gebote standen, im Laufe seiner Entwicklung bis zu modernen Anschauungen vorgedrungen war, die mit einigen Modifikationen in das heutige Recht übernommen worden sind, bedeutete das Allgemeine Landrecht in dieser Beziehung einen Rückschritt gegen das frühere Recht. Gemeinsam ist diesen Rechten nur die verschiedene Behandlung, die sie der Auflage bei der Schenkung und bei der Verfügung von Todeswegen zuteil werden liessen.

---

[1]) Gierke, § 92, S. 526.

[2]) Loersch und Schröder, No. 77, S. 59/60.

Hatte noch die klassische römische Jurisprudenz für den Schenker kein Rechtsmittel, durch welches er den Beschenkten unmittelbar zur Vollziehung der Auflage hätte zwingen können[1]), so griff bei der Verfügung von Todeswegen schon früh die Obrigkeit selbst ein, um durch ausserordentliche Zwangsmittel den letzten Willen des Testators zur Geltung zu bringen. Der Schenker konnte nur, wenn der Beschenkte die Vollziehung der Auflage verweigerte oder ungebührlich verzögerte, auf Rückerstattung der Zuwendung klagen. Das Rechtsmittel, das ihm zu diesem Zwecke zu Gebote stand, war eine condictio, und zwar die condictio causa data causa non secuta. Voraussetzung dieser Klage war, dass der Schenker seinerseits geleistet hatte; auch musste ein Gegenstand von Vermögenswert geleistet sein. Denn die condictio ging stets auf ein certum, sei es eine certa pecunia, sei es eine certa res. Was ihre Entstehung anlangt, so berichtet Papinian in fr. 66, D. 12, 6, dass sie ex aequo et bono introducta est, „womit aber nur ihr Entstehungsgrund, nicht ihr Anwendungsgebiet bezeichnet werden soll“[2]). Diese Klage ging stets auf Rückerstattung der Zuwendung: — — quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit (fr. 66 cit.). Damit ist aber auch zugleich der Rechtsgrund der Klage zum Ausdruck gebracht. Weil der Empfänger den ihm bei der Zuwendung auferlegten modus nicht erfüllt hatte, darum besass er sine causa und musste zurückgeben. Denn dem Willen des Schenkers gemäss erfolgte die Zuwendung unter der zweifachen Absicht, den Empfänger zu bereichern und zugleich zu einer Leistung zu bestimmen. Die beiden „causae“, die causa praesens und die causa futura, standen einander völlig ebenbürtig gegenüber. Blieb durch Nichterfüllung des modus der Erfolg der causa futura aus, dann war causa non secuta und damit die condictio begründet. Es war in diesem Falle dann, wie v. Mayr sagt[3]), ein Rechtsgeschäft vorhanden, das in der angefochtenen Leistung eine seiner Natur und Zweckbestimmung wider-

---

[1]) Pernice, III, S. 88.
[2]) v. Mayr, § 12, S. 238.
[3]) § 24, S. 349.

streitende Gestalt angenommen hatte. Dass die Rückforderung die ganze Zuwendung ergriff, war die notwendige Folge davon, dass die causa praesens und die causa futura einander gleichwertig gegenüberstanden, gleich bestimmend für den Schenker gewesen waren. Dahin dürfte auch Windscheids Ansicht gehen, wenn er sagt[1]), da die Auflage von dem Urheber der Willenserklärung mit der Zuwendung in untrennbare Verbindung gebracht sei, so entspreche es seinem wahren Willen nicht, dass ohne ihre Erfüllung die Zuwendung bestehe. Dagegen ist Savignys Ansicht nicht zu billigen, der seiner Charakterisierung der donatio sub modo entsprechend in jeder don. s. m. einen Kontrakt nach der Form do, ut des oder do, ut facias enthalten glaubt und darauf die Klage gründet[2]). Dem Schenker stand also bei Nichterfüllung des modus die condictio zu auf Rückerstattung der ganzen Zuwendung. Dictam legem donationi, sagt die l. 8, C. 4, 6 — — ab eo, qui hanc suscepit, non impletam, condictioni facere locum iuris dictat disciplina, und l. 3, C. 4, 6: ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret, vel ut donatori vel heredi eius condictio, si non fuerit condicio servata, quaeratur.

Ein neuer Gesichtspunkt, unter welchem dem Schenker die Möglichkeit einer Rückforderung gewährt wurde, war von Justinian durch die l. 10, C. 8, 55 eingeführt worden. Er gestattete die Rückforderung des Geschenkes vom Gesichtspunkte der Undankbarkeit seitens des Beschenkten, dessen Undank in der Nichterfüllung der Auflage liegt. Er sagt: generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut iniurias atroces in eum effundat — — vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Dieses Rückforderungsrecht wegen Undankbarkeit des Beschenkten bildete ursprünglich ein Vorrecht des Vaters und des Patrones und ist erst

---

[1]) I, § 98, S. 280.
[2]) System, IV, § 175, S. 280.

durch diese Konstitution Justinians allgemein jedem Schenker gegeben worden[1]), und zwar muss diese Klage richtiger Ansicht nach als eine actio vindictam spirans aufgefasst werden, welche darauf abzielt, den Schenker für ein ihm durch den Beschenkten zugefügtes Unrecht, bestünde es auch nur in der Nichtbefolgung einer mündlich oder schriftlich getroffenen Abrede, an diesem zu rächen, nicht aber den Beschenkten durch die Entziehung zu strafen. Dies muss auch aus dem weiteren Inhalt der Konstitution geschlossen werden, wenn Justinian fortfährt: ex his enim tantummodo causis — — donationes — — everti concedimus, ne sit cuiquam licentia et alienas res capere et fragilitatem ridere donatoris et ipsum iterum donatorem suasque res perdere et praefatis malis ab ingrato — — affici — —. Das Gesetz, sagt auch Pollack[2]), stehe hier augenscheinlich im wesentlichen auf dem Standpunkte des durch seinen Leichtsinn geschädigten schutzbedürftigen Schenkers, nicht aber des eine Strafe verdienenden Beschenkten. Voraussetzung dieser condictio aber war, dass der Inhalt des modus den Empfänger der Zuwendung zu einer Leistung an den Schenker selbst verpflichtete und er ein Interesse an der Erfüllung der Auflage hatte. Letzteres war zumeist da zweifelhaft, wo die Auflage nur den Vorteil des Empfängers im Auge hatte, und dann auf jene Unterscheidung hin zu prüfen[3]). Dies ist auch der Sinn des fr. 2, § 7, D. 39, 5: Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret. Quaero, cum homo, antequam emeretur, mortuus sit: an aliqua actione decem recipiam? respondit: facti magis quam iuris quaestio est. nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam. si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc dare, ut Stichum emeret: causa magis donationis, quam condicio dandae pecuniae existimari debebit, et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit. In der Regel aber wird, wenn der modus allein das Interesse des Beschenkten im Auge hat, dem Schenker die

---

[1]) Pollack, § 5, S. 50.
[2]) § 5, S. 56.
[3]) Erxleben: Cond, 2. Abt., S. 261.

condictio versagt werden müssen. Denn wenn jemandem etwas zugewendet wurde, damit er sich z. B. ein Haus baue, so konnte diese Zuwendung, wie Ulpian in fr. 13, § 2, D. 24, 1 entscheidet, von ihm nicht zurückverlangt werden: quia magis donari ei videtur. Nur in dem singulären Falle, dass durch die Auflage der Beschenkte verpflichtet sein sollte, dem Schenker Alimente zu gewähren, stand diesem eine rei vindicatio utilis zu, mit der er das Zugewendete als sein Eigentum zurückfordern konnte, wenn der Beschenkte seiner Verpflichtung nicht nachkam: si doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi (l. 1, C. 8, 54).

Zu dem frühesten Standpunkte des römischen Rechtes, die Erfüllung der Auflage durch Klage auf Rückerstattung der Zuwendung zu erzwingen, kehrte das Allgemeine Landrecht zurück. Es folgte auch darin dem alten Recht, dass der Verlust die ganze Zuwendung ergriff. Denn, sagt Förster[1]), es folge aus der Natur der Sache, dass, da die Zuwendung nur in Beziehung auf den Zweck geschehe, wenn dieser vereitelt sei, auch jene nicht beim Empfänger bleiben könne. Es war dies eine Folgerung aus der Vorschrift des § 158, I, 4, die bestimmte, die Erklärung solle unwirksam sein, wenn der Begünstigte die Erfüllung nicht leisten könne oder wolle. Damit sollte gesagt sein, dass sowohl im Falle einer Weigerung der Vollziehung zurückgefordert werden konnte, wie auch dann, wenn dem Beschwerten die Erfüllung ohne sein Zutun unmöglich geworden war.

Das Bürgerliche Gesetzbuch schliesst sich insofern diesen Rechten an, als es gleichfalls als eine der Klagen, welche die Möglichkeit zur Erzwingung der Auflage bieten, die Klage auf Rückforderung der Zuwendung gewährt. Es stellt sich aber in Gegensatz zu den früheren Rechten, als nach ihm nur das zurückgefordert werden kann, was zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, nicht die ganze Zu-

---

[1]) I, § 38, S. 206.

wendung. Allerdings ist Schollmeyer[1]) darin beizupflichten, dass damit dem Willen des Schenkers, der wirklich nur unter der Voraussetzung, dass nun auch der Beschenkte die Auflage erfüllen werde, schenkte, im einzelnen Falle Gewalt angetan werden könne. Dazu ist aber doch zu bemerken, dass es ganz auf Seiten des Schenkers liegt, sich die Erfüllung von Zwecken, die er selbst nicht bewirken kann oder will und durch einen andern erreicht wissen will, in anderer Weise als mittelst einer auf die freigebige Zuwendung gelegten Auflage zu sichern; denn das Gesetz steht auf dem Standpunkt, dass, wer unter einer Auflage schenkt, zunächst und unmittelbar die Bereicherung des Empfängers im Auge hat, die aber nicht in voller Höhe erfolgen soll, sondern unter Abzug des zur Vollziehung der Auflage Erforderlichen. Nur in Höhe dieses letzteren Bruchteiles wollte er keine Bereicherung des Empfängers, und darum ist sein Rückforderungsrecht auch nur auf diesen beschränkt.

Die zur Anwendung kommenden Vorschriften nach dieser Richtung hin sind in den §§ 527 und 2196 enthalten; ersterer für die Auflage bei der Schenkung, letzterer für die Auflage bei der Verfügung von Todeswegen. § 527 gestattet dem Schenker bei ausbleibender Vollziehung der Auflage durch den Beschenkten Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu fordern, und nach § 2196 kann derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde, gleichfalls die Herausgabe der Zuwendung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Wie man sieht, sind mit diesen Bestimmungen nur jene Grundsätze des römischen Rechtes wiederholt worden; in letzterem die condictio causa data causa non secuta, im heutigen Recht die gleiche Bereicherungsklage, mit dem Unterschiede nur, dass ihre Wirkung, wie oben hervorgehoben, nicht mehr die ganze Zuwendung ergreift. Dieser Rück-

---

[1]) § 6, S. 32/33.

forderungsanspruch steht also einerseits dem Schenker, andrerseits, und zwar abweichend von der Vorschrift des § 2194, nur demjenigen zu, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde. Eine Verschiedenheit des Anspruchs bei der Schenkung und bei der letztwilligen Verfügung ergibt sich aber für ersteren daraus, dass bezüglich der Rückforderung des unter einer Auflage Geschenkten die für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen massgebenden Vorschriften Anwendung finden sollen. Nach diesen in den §§ 325—327 enthaltenen Bestimmungen liegen die Voraussetzungen für das Rückforderungsrecht des Schenkers einmal dann vor, wenn die dem Beschenkten obliegende Erfüllung der Auflage in Folge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, völlig unmöglich wird. Aber auch schon bei teilweiser Unmöglichkeit ist der Anspruch des Schenkers begründet, wenn die teilweise Erfüllung der Auflage für ihn kein Interesse hat. § 326 bestimmt näher den Fall, dass der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug gerät; liegt darnach Verzug mit der Erfüllung der Auflage auf Seiten des Beschenkten vor, so kann ihm der Schenker zur Bewirkung der Erfüllung eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Erfolgt bis zum Ablaufe der Frist die Vollziehung der Auflage nicht, oder hat die teilweise Vollziehung, wenn eine solche indessen stattgefunden hat, kein Interesse für den Schenker, so ist damit sein Rückforderungsanspruch begründet. Nach § 325 Abs. 2 findet auch noch die Vorschrift des § 283 Anwendung, so dass die gleichen Folgen eintreten, wenn der Beschenkte zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist, und ihm der Schenker mit der gleichen Erklärung eine angemessene Frist zur Vollziehung gestellt hatte. Der Anspruch aus § 527 ist jedoch nur dann zulässig, wenn die Vollziehung der Auflage einen Vermögensaufwand erfordert. Nicht immer aber wird zu ihrer Vollziehung ein solcher erforderlich sein, und in diesem Falle dürfte dann eventuell dem Schenker, analog der condictio causa data causa non secuta des römischen Rechts aus § 812 die Bereicherungsklage zustehen, insofern man dann sagen kann, dass „der mit einer Leistung nach dem Inhalt des

Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist"[1]). Ist bei einer letztwilligen Auflage der Beschwerte zur Vollziehung derselben, wenn sie nur durch ihn erfolgen kann, rechtskräftig verurteilt, und sind die zulässigen Zwangsmittel, als welche § 888 C. P. O. Geldstrafen und Haft nennt, erfolglos gegen ihn angewendet, so kann gleichfalls gemäss § 2196 zurückgefordert werden, was zur Vollziehung hätte verwendet werden müssen.

Der Umfang des Anspruches auf Herausgabe der Zuwendung geht sowohl bei der Schenkung, wie bei der Verfügung von Todeswegen auf die Herausgabe der Znwendung insoweit, als sie zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Anwendung finden in beiden Fällen die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Herauszugeben sind demnach auf Grund des § 818 die gezogenen Nutzungen, sowie dasjenige, was der Beschenkte auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des zugewendeten Gegenstandes erlangt hat (Abs. 1). Ist der Empfänger aus irgend einem Grunde zur Herausgabe nicht imstande, so hat er den Wert zu ersetzen. Die Rückforderung ist nach § 815 ausgeschlossen, wenn der Geber selbst den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat, und gemäss § 527 Abs. 2 auch dann, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung zu verlangen. Dadurch, dass das Bürgerliche Gesetzbuch den § 815 heranzieht, folgt es dem römischen Recht, während das Allgemeine Landrecht in diesem Falle nach § 203, I, 16 den Empfänger insoweit haften liess, als er sich aus dem Empfangenen noch wirklich reicher befinde.

Während also das heutige Recht auch bei Verfügungen von Todeswegen im Falle der Nichterfüllung der Auflage die Rückforderung der Zuwendung in den angegebenen Grenzen zulässt, war bei Verfügungen von Todeswegen im römischen Recht, wie Pernice des Näheren ausführt[2]), eine Klage auf Rückgewähr der Zuwendung ausgeschlossen, und der Schwerpunkt darauf gerichtet, die Vollziehung der Auflage unmittel-

[1]) Oertmann, Note 3 zu § 527; Planck, Note 4 zu § 527.
[2]) Labeo, III, S. 34 ff.

bar zu erzwingen. Dadurch, dass das Bürgerliche Gesetzbuch auch bei der letztwilligen Auflage ein Rückforderungsrecht auf die Zuwendung anerkennt, ist es dem Allgemeinen Landrecht gefolgt, welchem die im römischen Recht gemachte Ausnahme von der Regel gleichfalls unbekannt war, vielleicht nur deshalb, weil es keine Klage auf Vollziehung der Auflage hatte, und ihm somit jede Möglichkeit gefehlt hätte, auf den Willen des Verpflichteten einzuwirken. Nach Allgemeinem Landrecht war nämlich die Frage sehr bestritten, ob ein Anspruch auf Vollziehung der Auflage im Wege der Klage durchgeführt werden könne. Förster[1]), Fischer[2]), auch Heydemann[3]) verneinen diese Möglichkeit vollständig; nur die Rückforderung des Zugewendeten oder die Klage auf Entschädigung sei statthaft, und das Fundament einer solchen Klage sei schon die blosse Weigerung der Erfüllung. Dernburg[4]) hingegen will in den meisten Fällen dem Geber auch eine Klage auf Erfüllung gewähren, da „in der Annahme der Gabe zugleich auch häufig die Übernahme der Verbindlichkeit seitens des Empfängers zu sehen sei, der Vorschrift Genüge zu leisten". Damit würde man sich jedoch auf den Standpunkt derer stellen, die in der Auflage einen gegenseitigen Vertrag erblicken, und da eine Charakterisierung der Auflage nach dieser Richtung hin zurückgewiesen werden muss, so kann mit Recht mit Förster gegen Dernburg gesagt werden, dass die Hinzufügung des modus keine Vertragsofferte sei, sondern nur in einer Einschränkung der eigenen Erklärung bestehe. Nur zwei Ausnahmen hatte das Allgemeine Landrecht zugelassen. Erstens für den Fall nämlich, dass der einer letztwilligen Zuwendung beigefügte Endzweck die Beförderung des gemeinen Besten unmittelbar bezweckte; dann war gemäss § 514, I, 12 der Staat auf dessen Vollziehung zu dringen berechtigt. Zweitens, wenn der Endzweck den Vorteil eines Dritten im Auge hatte; dann trat dieser in den Rang

---

[1]) I, § 38, S. 207.
[2]) § 20, S. 108.
[3]) S. 190; ebenso Bornemann, I, § 64, S. 386, Note ***.
[4]) Preuss. Privatr., I, § 93, S. 170.

eines Legatars oder Sublegatars ein und konnte die Erfüllung des Endzweckes fordern[1]).

Den Rückschritt aber, welchen dass Allgemeine Landrecht dem römischen Rechte gegenüber dadurch tat, dass es, abgesehen von den beiden eben erwähnten Ausnahmen, eine Klage auf Vollziehung der Auflage versagte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt und im Anschluss an das römische Recht die Möglichkeit, auf Erfüllung der Auflage zu klagen, gewährt.

Ursprünglich waren jedoch auch dem römischen Rechte solche Klagen fremd, durch welche die Erfüllung des modus unmittelbar erzwungen werden konnte. Da musste der Schenker, wollte er sich die Erfüllung der Auflage durch den Beschenkten sichern, sich diese von ihm mittelst Stipulation versprechen lassen; dann konnte er, wenn der Beschenkte die Erfüllung verweigerte, diese mit der actio ex stipulatu erzwingen. Im übrigen aber hatte er, mangels einer Stipulation, kein Zwangsmittel, und hing dann die Erfüllung lediglich von dem Pflichtgefühl oder der Dankbarkeit des Beschenkten ab. Erst als im Laufe der Rechtsentwickelung das formlose pactum, d. h. die im unmittelbaren Anschlusse an einen Kontrakt erklärten Nebenabreden geltend gemacht werden konnten, und weiterhin sich die Klagbarkeit der Innominatkontrakte entwickelt hatte, und für diese die actio praescriptis verbis eingeführt worden war, gab eine Konstitution Kaiser Diocletian's auch dem Schenker das Recht, Erfüllung des modus mit der actio praescriptis verbis zu fordern. An die Stelle der förmlichen Stipulation war jetzt das formlose, durch Annahme der Schenkung stillschweigend abgegebene Versprechen des Beschenkten getreten, auf Grund dessen dem Schenker die Klage gewährt wurde[2]). Nicht als ob, wie Savigny meint[3]), der modus die Schenkung in einen tauschartigen Innominatkontrakt nach der Form do, ut des, do, ut facias verwandelte. Denn, wie bereits gesagt, verändert der modus den Charakter der Schenkung nicht; es findet „keine Auswechselung gegen-

---

[1]) Förster, IV, § 250, S. 391.
[2]) Pernice, Labeo, III, S. 94; Windscheid, I, § 368.
[3]) System, IV, § 175, S. 280.

seitiger Versprechungen“[1]) statt, wie sie das Wesen des gegenseitigen Vertrages bildet, wenn auch nicht zu leugnen ist, dass die unentgeltliche Zuwendung durch die Auflage mehr oder minder starke Ähnlichkeit mit einem gegenseitigen Vertrage erhält. Darin ist vielleicht auch die Ursache zu erblicken, dass die actio praescr. verb. auf die Zuwendung sub modo übertragen wurde. Zur Unterscheidung beider aber ist stets darauf zu achten, dass der gegenseitige Vertrag begrifflich die Verpflichtung beider Teile verlangt[2]), und die Gegenleistung das Entgelt der Leistung bildet, bei der unentgeltlichen Zuwendung sub modo aber begrifflich nur die Verpflichtung des Gebers besteht, dessen Hauptzweck die Bereicherung des Empfängers ist, während die Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage sich nicht als Entgelt der Zuwendung charakterisiert, sondern als ein dem Beschenkten bei Gelegenheit der Schenkung diktiertes Gesetz, zu dessen Beobachtung dieser verpflichtet sein soll. Entsprechend der Klage bei den Innominatkontrakten ging auch hier die actio praescr. verb. nur auf Erfüllung oder auf das durch die Nichterfüllung verletzte Interesse[3]), wie im Hinblick auf ihre Wirkung bei den genannten Kontrakten angenommen werden kann. Jedenfalls aber zielte sie in erster Linie darauf ab, dem Schenker die Möglichkeit eines Zwanges zur Vollziehung der Auflage zu gewähren. In der erwähnten l. 9, C. 8, 53 bestimmte Diocletian: legem, quam rebus tuis donando dixisti sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio, id est praescriptis verbis apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat. Desgleichen sagte die l. 8, C. 4, 64: — — ad implendam placitum, sicut postulas, praescriptis verbis tibit competit actio.

Das neue Recht schliesst sich dem an und gibt den Vollziehungsanspruch in erster Linie dem Schenker und im Falle seines Todes seinen Erben, jedoch unter der Voraussetzung, dass er die Schenkung bereits vollzogen hat (§ 525 Abs. 1). Die Neuerung dem römischen Recht gegenüber be-

---

[1]) Erxleben, S. 294.
[2]) Planck, II, zweiter Titel, S. 91.
[3]) Mayr, § 15, S. 255.

steht aber darin, dass es im übrigen gleichgültig ist, ob die Auflage im eigenen Interesse des Schenkers, eines Dritten oder des Empfängers der Schenkung erfolgte; der Schenker ist gemäss § 325 berechtigt, die Leistung an den Dritten zu fordern. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch kennt jenen Grundsatz des römischen Rechts: alteri stipulari nemo potest nicht. Er war ausgesprochen in fr. 73, § 4, D. 50, 17: nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest, gemäss dem niemand sich etwas zu Gunsten eines Dritten versprechen lassen konnte. Aber auch dem Dritten gab das römische Recht, wie aus fr. 11, D. 44, 7 ersichtlich ist, keine Klage: — — et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut aliter suo nomine recte agat, possumus. Sollte also nach dem Willen des Schenkers der Dritte ein wirksames Mittel erhalten, das ihm eventuell die Erfüllung sicherte, so blieb nur übrig, dass er mit hinzugezogen wurde, und der Beschenkte ihm durch stipulatio die Erfüllung versprach, wodurch er dann berechtigt wurde, die actio ex stipulatu anzustellen.

Zu diesem Standpunkte ist das Allgemeine Landrecht insoweit zurückgekehrt, als es in § 75, I, 5 dem Dritten nur dann ein Recht gewährte, wenn er an dem Abschlusse des Vertrages unmittelbar teilgenommen hatte oder ihm mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten war; es wich jedoch insofern von seinem Vorbilde ab, als es dem Dritten dieses Recht auch schon bei nur mittelbarer Teilnahme zugestand.

Das römische Recht war aber dabei nicht stehen geblieben. Diocletian und Maximian gewährten in der l. 3, C. 8, 54 dem Dritten unmittelbar eine Klage, und zwar in dem Falle, dass der Empfänger das Geschenk nach einiger Zeit an ihn herausgeben sollte. In diesem Falle hatte früher nur der Schenker eine condictio gehabt, mit der er bei Nichterfüllung der Auflage das Geschenk zurückfordern konnte: sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. Die Klage wurde nunmehr also auch dem Dritten, wenn keine Stipulation geschlossen war, als utilis gegeben, und zwar ist wohl ohne

Zweifel Windscheid darin beizustimmen, dass diese Bestimmung in allen Fällen zur Anwendung kommen müsse, wo einem Beschwerten zu Gunsten eines andern eine Leistung irgend welcher Art auferlegt worden sei[1]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt weder, wie das Allgemeine Landrecht, den unmittelbaren oder mittelbaren Beitritt des Dritten, noch gibt es dem Dritten, wie das römische Recht, ohne weiteres eine Klage. Es normiert vielmehr in § 328 besondere Vorschriften darüber, ob der Dritte unmittelbar das Recht erworben hat, die Leistung zu fordern oder nicht. Fehlt es nämlich an einer dahingehenden Vertragsbestimmung, so ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck der Auflage zu entnehmen, ob dem Dritten dies Recht zustehen soll. Ist dies der Fall, so kann er gemäss § 527 Abs. 2 die Vollziehung der Auflage verlangen.

Besteht die Auflage darin, das der Empfänger das Empfangene an einen Dritten herausgeben soll, so kann man sehr wohl mit Mayerfeld[2]) und Pernice[3]) den ersten Empfänger nur als „Mittelsperson" bezeichnen, ohne zu dem falschen Schlusse Benners[4]) zu kommen, dass man dann bei einer Auflage zu Gunsten des Schenkers diesen als den Beschenkten ansehen müsste. Denn zunächst handelt es sich um drei Personen, was Benner nicht berücksichtigt: den Schenker, den Beschenkten und den Dritten, und nur in dem Falle, dass diesem Dritten herausgegeben werden soll, ist der Beschenkte nur Mittelsperson; die Person des Schenkers darf also dabei nicht als „Dritter" hineingezogen werden. Sodann aber wird Benners Ansicht entschieden durch Ulpian in fr. 5, § 9, D. 23, 3 widerlegt: si quis certam quantitatem patri donaverit, ita ut hanc pro filia daret, non esse dotem profectitiam — —.

Auch bei der Verfügung von Todeswegen ist gewissen Personen eine, wie die Motive (V, S. 214) sagen, „mehr formale" Befugnis gegeben, die Vollziehung der Auflage zu ver-

---

[1]) Windscheid, Vorauss. § 10, S. 174.
[2]) S. 422.
[3]) S. 300.
[4]) S. 24.

langen. Von vornherein genommen ist diese Befugnis demjenigen, der durch die Auflage begünstigt ist. Dadurch unterscheidet sich die letzwillige Auflage wesentlich von der Auflage bei der Schenkung; während bei letzterer der Begünstigte das Recht erwirbt, Vollziehung der Auflage zu verlangen, ist dies bei ersterer kraft positiver gesetzlicher Bestimmung ausgeschlossen; denn § 1940 sagt, der Erblasser könne durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem andern ein Recht auf die Leistung zuzuwenden.

Dieser Ausschluss der Entstehung jeglichen Forderungsrechtes auf Seiten des durch die Auflage Bedachten charakterisiert zugleich die letztwillige Auflage im Gegensatz zum Vermächtnis, welches grade für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern (§ 1974). An diesem charakteristischen Merkmal hat das neue Recht festgehalten. Es ist nicht, wie das römische Recht, dazu übergegangen, die Unterscheidung zwischen Auflage und Vermächtnis dadurch zu verwischen, dass es auf Seiten des Bedachten ein Forderungsrecht entstehen liess. Der römische letztwillige modus hatte nämlich viel Ähnlichkeit mit dem Fideikommiss; der Unterschied beider lag nur darin, dass bei letzterem die bestimmte Wortform (peto, rogo, fideicommitto) eine Klage, die fideicommissi petitio, erzeugte. Gordian beseitigte nun in der l. 2, C. 6, 45 diese Eigentümlichkeit des Fideikommisses durch die Bestimmung, dass auch aus der mit „ut“ gemachten Auflage für den Dritten, zu dessen Gunsten sie gemacht sei, eine petitio fideicommissi entstehen sollte. Wie aus dieser Konstitution hervorgeht, ist diese fideicommissi actio zuerst von Severus zu Gunsten der Freiheit zugelassen worden, und erst Gordian verallgemeinerte diese spezielle Vorschrift mit den Worten: sed in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex huius modi verbis, sive ad condicionem, sive ad modum respiciunt, sive ad dandum vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur — —. Abgesehen aber von dieser, vom Bürgerlichen Gesetzbuch wieder fallen gelassenen fideicommissi petio des durch eine „Auflage“ Begünstigten weicht das heutige

Recht noch in mehrfacher Hinsicht vom römischen Recht ab. So kennt es nicht mehr jenen schon im Allgemeinen Landrecht verschwundenen, dem römischen Recht eigentümlichen mittelbaren Zwang zur Erfüllung des modus, der darin bestand, dass dem Erben gegenüber der Klage des mit einer Auflage beschwerten Legatars oder Fideikommissars entweder eine exceptio doli gegeben oder ihnen die actiones überhaupt denegiert wurden, um sie dadurch zur Bestellung einer Kaution für die Erfüllung der Auflage zu zwingen; erst dann erhielten sie ihr Legat. Wenn z. B. dem Legatar der Sklave Stichus vermacht war mit der Auflage: ut eum Titius manumittat, so entschied fr. 48, D. 40, 5: petenti legatario Stichum exceptionem doli mali obstaturam, nisi caverit se libertatem secundum voluntatem defuncti praestaturum. Von der denegatio actionis handelt die in fr. 19, D. de legat. III von Nerva und Attilicin getroffene Entscheidung: si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias: etiamsi non interest heredis, id fieri, negandum tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit. Wie aus dieser Entscheidung hervorgeht, wurde dabei ein selbständiges Interesse des Erben an der Vollziehung der Auflage weder vorausgesetzt noch gefordert: etiamsi non interest heredis id fieri heisst es. Der Erbe vertrat hier die Person des Erblassers, und es genügte, war aber auch notwendig, dass dieser ein Interesse an der Erfüllung des modus gehabt hatte.

Es konnte jedoch auch der Fall eintreten, dass der Vermächtnisnehmer, ohne Kaution geleistet zu haben, in den Besitz des Vermächtnisses gelangt war und nun die Vollziehung der Auflage verweigerte. Dann stand dem Erben, aber nur in dem Falle, dass es sich um ein modales Vermächtnis an eine Gemeinde handelte, ein Anspruch auf Rückgewähr zu, zwar nicht der ganzen Zuwendung, sondern, ähnlich dem heutigen Recht, nur dessen, was zur Vollziehung hätte verwendet werden müssen. Einen solchen Fall behandelt Scaevola in fr. 17, D. 33, 2: quidam praedia reipublicae legavit, de quorum reditu quotannis ludos edi voluit et adiecit: quae legata peto, Decuriones, et rogo, ne in aliam speciem aut alias usus convertere velitis. Die Gemeinde hatte nun vier Jahre hindurch die Spiele nicht veranstaltet, und es wird die

Frage aufgeworfen: an reditibus, quos quadriennium respublica percepit, heredibus restituere debeat vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento? Scaevola respondiert, dass, wenn die Gemeinde den Besitz der praedia gegen den Willen der Erben erlangt hatte: perceptos fructus restituendos esse et non erogatum secundum defuncti voluntatem in alia, quae deberentur, compensari. Im übrigen aber trat auch in solchen Fällen obrigkeitlicher Zwang ein, vermöge dessen der Vermächtnisnehmer zur Erfüllung des modus angehalten wurde: „ex auctoritate D. Severi" emancipare eos compulsus est hisque restituere hereditatem, sagt Ulpian in fr. 92, D. 35, 1.

Der gleiche obrigkeitliche Zwang durch das Mittel der denegatio actionis fand sich auch dem sub modo instituierten Erben gegenüber: si — heres educationem recuset testamento sibi iniunctam, denegari ei actiones debere (fr. 1, § 3, D. 27, 2). Der Erbe blieb also an und für sich Erbe; der Satz: semel heres semper heres wurde auch hier konsequent durchgeführt; aber die Geltendmachung seines Erbrechts wurde ihm durch die Versagung der Klagen unmöglich gemacht. Von einer direkten obrigkeitlichen Einwirkung auf den Erben ohne das Mittel der denegatio actionis spricht Papinian in fr. 50, § 1, D. 50, 3: quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen „Principali et Pontificali auctoritate" compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

Fremd geblieben sind dem modernen Recht einige weitere, dem römischen Recht eigentümliche, wirksame Mittel, den Erben zur Erfüllung des modus anzuhalten. Diese bestanden einmal in der Androhung einer Geldbusse, multa, seitens des Testators, welche für den Fall der Nichterfüllung des modus an eine öffentliche Kasse entrichtet werden musste; diese multa fand sich, wie wir oben gesehen haben, auch im mittelalterlich-deutschen Recht unter dem Namen „Strafgedinge", welches dort gleichfalls, wie die multa im römischen Recht, dem eben angegebenen Zwecke diente. Sodann aber lag ein weiteres Mittel in der Auferlegung des Eides, welcher „als geistliches und sittliches Zwangsmittel" eine

starke moralische Verpflichtung des Beschwerten begründen sollte[1]).

Der Verweigerung der Klagen, sowie des Einschreitens der Obrigkeit bedurfte es nicht, wenn mehrere Erben vorhanden waren. Jeder Erbe konnte die Erfüllung des modus von dem andern mit der actio familiae erciscundae verlangen: nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiae erciscundae, ut facias: quoniam interest illius. quinetiam si utrique iussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis (fr. 7, D. 33, 1).

Zu erwähnen ist noch lediglich der Vollständigkeit und geschichtlichen Bedeutung wegen der modus bei der testamentarischen Freilassung. Der sub modo testamentarisch freigelassene Sklave erlangte an und für sich die Freiheit, und es war unmöglich, die Verfügung des Testators unwirksam zu machen[2]). Aber der letzte Wille des Testators sollte dennoch zur Geltung gebracht werden. Er wollte zwar, dass der Sklave sofort frei sei, jedoch wollte er dies nur unter der Voraussetzung, dass auch der Sklave seinerseits etwas tue, und da eine Rückgängigmachung der einmal erlangten Freiheit nicht mehr möglich war, so blieb nur der Zwang zur Erfüllung der Auflage, der in solchen Fällen durch die Obrigkeit auf den Freigelassenen ausgeübt wurde. Davon spricht Julian in fr. 17, § 2, D. 40, 4: haec scriptura testamenti, Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationem reddat: an sub condicione libertas data videretur, quaesitum est? Julian entscheidet dahin, dass in diesem Falle die Freiheit pure vermacht sei; denn jene Worte: ita ut rationes reddat enthielten keine Bedingung der Freiheit: Tamen, fährt er fort, quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum cum ad rationes reddendas. Zu dem gleichen Ergebnis kommt Modestin in fr. 44, D. eod., in dem es sich gleichfalls um eine testamentarische Freilassung handelt: his verbis: Saccus servus meus et Eutychia et Hirene ancillae meae, omnes sub hac condicione liberi sunto, ut monumento meo alternis mensibus lucernam accendant et solemnia mortis peragant, und schliesst

---

[1]) Pernice, Labeo, III, S. 44, 47.

[2]) Windscheid, Vorauss., § 10, S. 170.

daran die Frage: cum adsiduo monumento Maeviae Saccus et Eutychia et Hirene non adsint, an liberi esse possint? Er bejaht diese Frage mit der Begründung, dass es weder aus dem Wortlaute des Testamentes erhelle, noch dem Willen der Testatrix entspräche, ut libertas sub condicione suspensa sit; trotzdem aber: officio iudicis eos esse compellendos testatricis iussioni parere.

Von allen diesen Zwangsmitteln ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nur der unmittelbare Zwang durch die Klage auf Erfüllung der Auflage übrig geblieben. Berechtigt, die Erfüllung der Auflage auf diesem Wege zu fordern, ist in erster Linie der Erbe. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist also weiter gegegangen als das römische Recht. Denn dieses gewährte, wie oben geschildert worden ist, dem Erben nur eine exceptio gegenüber der Klage des Lagatars oder versagte diesem die actiones, ohne jedoch dem Erben direkt eine Klage auf Erfüllung zu geben, ähnlich der actio familiae erciscundae gegen den Miterben. Darin stimmt das heutige Recht mit dem römischen überein, dass im Falle des Vorhandenseins mehrerer Erben die Klagbefugnis jedem der Miterben zusteht. Eine völlige Neuerung dem alten Recht gegenüber aber besteht darin, dass § 2194 das Klagrecht ausser den Genannten auch noch demjenigen gibt, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde, wobei der Nachdruck auf die Worte „zunächst“ und „unmittelbar“ zu legen ist; denn immer nur der unmittelbare Nachfolger des Ersten ist dazu berechtigt. Damit aber kann, wie auch Strohal[1]) bemerkt, tatsächlich der Fall eintreten, dass die Vollziehung einer Auflage unterbleibt, wenn nämlich der mit der Auflage Beschwerte und derjenige Berechtigte, dem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde, darüber einverstanden sind, dass die Vollziehung der Auflage unterbleibt. Auch das Allgemeine Landrecht versagte in einem solchen Falle von Nichtbeachtung des letzten Willens, während sie hingegen nach römischem und gemeinen Recht deshalb nicht vorkommen konnte, weil bei Versagung aller sonstigen Rechtsmittel von

[1]) § 38, S. 151, Note 5.

Amtswegen oder, wie es in jenen bereits oben zitierten Stellen (fr. 50, § 1, D. 50, 3 und fr. 44, D. 40, 4) heisst, „Principali et Pontificali auctoritate“ und „officio iudicis“ eingeschritten werden konnte. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch aber kann die Obrigkeit, d. h. die zuständige Behörde, neben dem Erben des Verstorbenen, wie das „auch“ beweist, nur dann die Vollziehung der Auflage fordern, wenn diese im öffentlichen Interesse liegt, und zwar trifft dies in gleicher Weise bei der Schenkung wie bei der Verfügung von Todeswegen zu (§§ 525 Abs. 2, 2194 Satz 2). Dagegen ist dieses Recht nicht dem Pflichtteilsberechtigten gegeben worden mit der Begründung, „dass es dem Willen des Erblassers schwerlich entspreche, Personen, die er von der Erbfolge ausgeschlossen habe, gewissermassen zu Vollstreckern der letztwilligen Verfügung zu machen[1]). Da aber die letztwillige Auflage vom Gesetz in die Reihe der Verfügungen von Todeswegen gestellt wird, muss das Recht, Vollziehung der Auflagen zu verlangen, nach § 2203 auch dem Testamentsvollstrecker zugesprochen werden, der nach diesem Paragraphen die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen hat. Scherer[2]) bemerkt hierzu, es wäre unvernünftig, fünf anderen Personen ein Klagrecht auf Vollziehung der Auflage zu gewähren, aber es demjenigen zu versagen, dem die Auflage zukommen solle. Das Bürgerliche Gesetzbuch wäre in dieser Hinsicht in den Schuhen des gemeinen Rechts stecken geblieben und stehe nicht auf modernen Füssen. Demgegenüber ist jedoch zu sagen, dass dieses Rechtsinstitut einer inneren Berechtigung nicht entbehren kann und einem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprechen muss, wofür seine lange Entwickelung und aus ihr hervorgegangene Gestaltung zeugt. Auch irrt Scherer, wenn er sagt, das Bürgerliche Gesetzbuch folge hierin dem gemeinen Rechte. Grade letzteres gab ja dem Bedachten ein Klagrecht, die petitio fideicommissi, die das moderne Recht wieder beseitigt hat. Die in den Protokollen (V, S. 32) dafür angegebenen Gründe sind durchaus verständlich und einleuchtend, nämlich dass, übertrüge man einfach

---

[1]) Protokolle V, S. 245.

[2]) V. Buch, § 2196, S. 280.

die Vorschriften für das Vermächtnis auf die Auflage, man den Erblasser zu sehr einschränken und häufig vorkommende Fälle unmöglich machen würde, in denen der Erblasser einem grösseren Kreise von Personen etwas zuwenden wollte, ohne jeder der diesem Kreise angehörigen Personen ein Klagrecht zuzugestehen.

Wann die Auflage zu vollziehen ist, folgt bei der Schenkung aus § 525, nach welchem der Schenker erst geleistet haben muss, ehe er die Vollziehung der Auflage verlangen kann. Für den Zeitpunkt der Vollziehung einer letztwilligen Auflage wird in Ermangelung einer speziellen Vorschrift § 271 Anwendung finden müssen. Es kann also, wenn der Erblasser eine Zeit für die Leistung weder bestimmt hat, noch sie aus den Umständen zu entnehmen ist, der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken. In ihrer Anwendung auf die letztwillige Auflage besagt diese Vorschrift, dass mit dem Zeitpunkte des Erbfalles (§ 1942), wenn der Erbe mit einer Auflage beschwert ist, die Vollziehung von ihm verlangt werden kann. Ist ein Vermächtnisnehmer mit einer Auflage beschwert, so bestimmt § 2186, dass er zur Erfüllung erst dann verpflichtet ist, wenn er seinerseits die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses zu verlangen berechtigt ist. Diese Bestimmungen zeigen insofern eine Abweichung vom römischen Recht, als nach diesem nicht der Zeitpunkt des Erbfalles, sondern der des Erbschaftsantrittes massgebend war. Ist die Erfüllung der Auflage hinsichtlich des Zeitpunktes dem freien Belieben des Beschwerten überlassen, so wird nach § 2181 die Leistung im Zweifel mit seinem Tode fällig. So sagte schon Scaevola in fr. 41, § 13, D. de legat. III: cum heres scriptus rogatus esset, „cum volet", alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum. Claudius: post mortem enim utique creditur datum.

Eine besondere Vorschrift über die Art der Erfüllung der Auflage, die sich weder im römischen, noch im heutigen Rechte wiederfindet, enthielt das Allgemeine Landrecht in § 157, I, 4, dass nämlich bei Willenserklärungen unter Lebenden der bestimmte Zweck schlechterdings nach der Erklärung erfüllt werden müsse; § 159 eod. fügt die Ein-

schränkung hinzu, dass, wenn der Zweck durch etwas Ähnliches nach der Erklärung erfüllt worden sei, und der Erklärende sich wissentlich ein Jahr hindurch dabei beruhigt habe, dessen Erben die Art der Erfüllung nicht mehr anfechten können. Nach heutigem Rechte würde die Forderung des § 157, I, 4, dass schlechterdings nach der Erklärung erfüllt werden müsse, nicht aufrecht zu erhalten sein, da das Bürgerliche Gesetzbuch dem Grundsatz huldigt, dass Verträge und Willenserklärungen überhaupt unter möglichster Berücksichtigung von Treu und Glauben auszulegen sind. Was den Fall des § 159 eod. anlangt, so würde es schon genügen, wenn der Erklärende die Art der Erfüllung nicht unverzüglich anficht.

Wesentlich für die Auflage und dem heutigen Recht eigentümlich ist der Ausschluss des für das Vermächtnis geltenden § 2162. Es wird also, im Gegensatz zum Vermächtnis, eine Auflage, die unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist, nicht mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn auch die Bedingung oder der Anfangstermin vorher nicht eingetreten ist, und ebenso bleibt die Auflage in Kraft, wenn der durch sie Begünstigte innerhalb von 30 Jahren nach dem Erbfall noch nicht erzeugt oder das Ereignis, durch das seine Persönlichkeit bestimmt wird, innerhalb dieser Zeit noch nicht eingetreten ist.

Einige besondere Bestimmungen gelten noch für die Auflage bei der Verfügung von Todeswegen.

Sowohl nach den früheren Rechten, wie auch gemäss § 1967 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zählen zu den Nachlassverbindlichkeiten, für welche der Erbe nach demselben Paragraphen haftet, auch die ihn treffenden Verbindlichkeiten aus Auflagen. Es ergibt sich daher die Frage, in welchem Umfange der Erbe für diese haftet, wenn der Nachlass überschuldet ist.

An und für sich haftet der Erbe, wie auch schon im römischen Recht, für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt, auch mit seinem eigenen Vermögen, so dass er also auch die Auflagen, im Falle die Erbmasse nicht ausreicht, mit Aufwendung seines eigenen Vermögens zu be-

streiten genötigt ist. Jedoch gaben schon die früheren Rechte und gibt ihm auch das heutige Recht Mittel an die Hand, sich dieser unbeschränkten Haftung zu entziehen. So ist in dem Falle einer Überschuldung des Nachlasses der Erbe, will er sich nicht den Gläubigern für den ihnen daraus entstehenden Schaden verantwortlich machen, nach § 1980 zum unverzüglichen Antrage auf Eröffnung des Nachlasskonkurses genötigt. Bei der Frage nach der Überschuldung des Nachlasses bleiben jedoch die Verbindlichkeiten aus Auflagen ausser Betracht. Ist also die Überschuldung lediglich auf die Auflagen zurückzuführen, so liegt keine Verpflichtung zum Antrage auf Konkurseröffnung vor, wenngleich er auch dann gestellt werden kann. Der Erbe ist vielmehr in diesem Falle nach § 1992 berechtigt, die Berechtigung dieser Verbindlichkeiten nach den Vorschriften der §§ 1990, 1991 zu bewirken, d. h. der Erbe kann die Befriedigung insoweit verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht (§ 1990 Abs. 1), und gemäss § 1991 Abs. 4 ist er zur Berichtigung der Auflagen in der Weise berechtigt, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden. Es erhalten also zunächst nach § 1973 die eigentlichen Nachlassgläubiger volle Befriedigung, im übrigen erfolgt dann eine Kürzung der Auflagen auf den Bestand der Erbschaft. Ein weiteres Mittel für den Erben, sich von der unbeschränkten Haftung zu befreien, ist der Antrag auf Einleitung einer Nachlassverwaltung (§ 1975). Diese beiden genannten Rechtsbehelfe sind Institutionen des modernen Rechts, wogegen der weitere, die Inventarerrichtung, schon den früheren Rechten bekannt war. Der Erbe kann nämlich seine beschränkte Haftung auch durch die Errichtung eines Inventars sichern, in welches nach § 2001 Abs. 1 die Nachlassverbindlichkeiten, also auch die Auflagen, vollständig aufzunehmen sind. Dagegen werden, wie § 1972 bestimmt, die Auflagen durch das Aufgebot der Nachlassgläubiger nicht betroffen. Es wird somit den durch sie Berechtigten an und für sich die Stellung nicht ausgeschlossener Gläubiger eingeräumt und müssten sie eigentlich vor den ausgeschlossenen Gläubigern befriedigt werden, wenn nicht § 1973 Abs. 1 Satz 2 die Anordnung träfe, dass der ausgeschlossene Gläubiger vor den Verbindlichkeiten aus Auflagen zu befriedigen ist.

Für den Fall der Anwachsung eines Erbteiles bei Wegfall eines Miterben bestimmt § 2095, im Anschluss an § 287, I, 12 des Allgemeinen Landrechts, dass der anwachsende Erbteil in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen als besonderer Erbteil gelten solle. Ursprünglich hatte in solchen Fällen das römische Recht die auf dem anwachsenden Erbteil ruhenden Lasten fortfallen lassen; so entscheidet noch Celsus in fr. 29, § 2, D. de legat. II: si filio heredi pars eius, a quo nominatim legatum est, adcrescit: non praestabit legatum, quod iure antiquo capit. Eine Änderung trat, wie aus fr. 61, § 1 D. eod. hervorgeht, durch ein Reskript Severs ein, wonach auch die Lasten der anwachsenden Portion übergehen sollten: sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta, a substitutis debentur, et his quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem.

Ist ein Erbe eingesetzt, der dem Kreise der Pflichtteilsberechtigten angehört, und dieser mit einer Auflage beschwert, so brauchte schon nach römischem und Allgemeinem Landrecht der Erbe die Auflage nicht zu erfüllen, und auch nach § 2306 gilt die Beschwerung als nicht angeordnet, wenn der dem Erben hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Erhält also der eingesetzte Erbe nicht mehr als seinen Pflichtteil, so fällt die Auflage und damit die Möglichkeit, ihre Vollziehung zu verlangen, fort. Auch kann der mit Auflagen beschwerte Erbe eine Kürzung derselben soweit vornehmen, dass ihm selbst sein Pflichteil verbleibt, wenn er weitere Pflichtteilsberechtigte zu befriedigen hat (§ 2318 Abs. 3), und im Falle er selbst nicht pflichtteilsberechtigt ist, kann er nach Abs. 1 des § 2318 die Erfüllung einer ihm auferlegten Auflage soweit verweigern, dass die Pflichtteilslast von ihm und dem mit der Auflage Bedachten verhältnismässig getragen wird. Bezüglich der Auflage bei einer Erbschaft oder einem Vermächtnis ist noch zu sagen, dass nach § 2322 auch derjenige, welchem die Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses durch den Pflichteilsberechtigten zu statten, kommt, die Auflagen soweit kürzen kann, dass ihm der zur Deckung der Pflichtteilslast erforderliche Betrag verbleibt.

In gleicher Weise wie der Erbe kann auch ein Ver-

mächtnisnehmer, der mit einer Auflage beschwert ist, ihre Erfüllung auf den Wert des ihm zugewendeten Vermächtnisses beschränken (§ 2187 Abs. 1). Dieses Recht steht nach Abs. 2 des § 2187 auch jedem andern zu, der an die Stelle des Vermächtnisnehmers tritt. Ausserdem finden auch hier die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (Abs. 3 des § 2187 und § 1992). Aber auch, wenn das Vermächtnis auf Grund der Beschränkung der Haftung des Erben, wegen eines Pflichtteilsanspruches oder gemäss § 2187 eine Minderung erleidet, ist der Vermächtnisnehmer zu einer verhältnismässigen Kürzung der Auflagen berechtigt (§ 2188); jedoch kann der Erblasser für einen solchen Fall den Vorrang einer Auflage vor den übrigen Beschwerungen anordnen (§ 2189).

Diese Massnahme, dass der Beschwerte grundsätzlich nur mit dem, was er erhält, für die Vollziehung der Auflagen haften soll, andernfalls diese verhältnismässig kürzen darf, stehen in Übereinstimmung mit der singulären, für die Auflage bei der Schenkung gegebenen Vorschrift des § 526. Auf Grund dieses Paragraphen hat der Beschenkte das Recht, die Vollziehung der auf der Schenkung ruhenden Auflage zu verweigern, „soweit infolge eines Mangels im Recht oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht", und diese Weigerung kann er so lange aufrecht erhalten, bis der Schenker den durch den Mangel entstandenen Fehlbetrag ausgleicht. Hat der Beschenkte von dem Mangel, an dem die Zuwendung leidet, keine Kenntnis und vollzieht er die Auflage, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen soweit verlangen, als sie in Folge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen (§ 526 Satz 2). Dieses Recht steht ihm jedoch nur dann zu, wenn er „ohne Kenntnis" des Mangels die Vollziehung vornimmt; er verliert es also, wenn er beim Empfange der Zuwendung ihren Mangel kannte und trotzdem die Auflage erfüllte; er haftet dann also auch über den Wert der Zuwendung hinaus.

Lebenslauf.

Ich, Hans Sgaslik, Preusse, katholischer Konfession, bin am 11. Dezember 1878 als Sohn des Freigutsbesitzers Eduard Sgaslik und seiner Gattin Valerie geb. Natsch in Bosatz bei Ratibor, meinem Heimatsort, geboren. — Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Gymnasium in Ratibor, das ich Ostern 1899 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich studierte hierauf 8 Semester die Rechtswissenschaften an der Universität Breslau und bestand am 25. Mai 1903 die erste juristische Prüfung.

Nachdem ich als Referendar zunächst dem Königlichen Amtsgericht in Kontopp, Kreis Grünberg, überwiesen war, wurde ich dem Königlichen Landgericht in Ratibor, dann der Königlichen Staatsanwaltschaft daselbst und weiterhin dem Herrn Justizrat und Notar Skutsch in Ratibor zur Ausbildung überwiesen. Während der letzteren Station bestand ich am 29. November 1905 das examen rigorosum. Gegenwärtig bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht in Ratibor beschäftigt.

Zu besonderem Danke bin ich den Herren Dozenten Geheimrat Leonhard und Professor Beyerle verpflichtet, die mir bei Abfassung der vorliegenden Arbeit wertvolle Winke zuteil werden liessen.